


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV. ANG.
VE RI TS



Jahrbücher

der

Württembergischen Rechtspflege

herausgegeben

von den

Mitgliedern des Oberlandesgerichts zu Stuttgart

und des

Vorstandes der württembergischen Anwaltskammer.

Dritter Band.

Tübingen, 1891.
Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

Druck von H. Laupp jr. in Tübingen.

Inhaltsübersicht des dritten Bandes.

I. Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

Seite

* Vorstehende Entscheidungen sind von Nr. 16 bis 61 in dem Text des zweiten Heftes irrtümlicher Weise nicht mit fortlaufenden Nummern, sondern mit Nr. 1 bis 46 numeriert worden.

B. in Strafsachen.

II. Landgerichtliche Entscheidung.

Seite

Abhandlungen:

Litterarische Anzeige.

Bemerkung der Redaktion.

Infolge eines Versehens der Redaktion ist die in Band II S. 6 ff. veröffentlichte Entscheidung des Oberlandesgerichts vom 5. April 1888 in Sachen Sch gegen Sch. auf S. 319 ff. jenes Bandes wiederholt abgedruckt worden.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

1.

Haftung des Unterpfands für die Zinsen im Fall der Bestellung unterpfändlicher Sicherheit für einen im Kontokorrentverkehr oder in laufender Rechnung bis zu einer bestimmten Summe gewährten Kredit.

Durch Vertrag vom 3. November 1875 hat die Klägerin dem Fabrikanten Emil Grauer in Ehingen einen laufenden Kredit von 12 000 M., welcher zufolge Vertrags vom 6. Juni 1876 um weitere 4000 M. erhöht worden ist, eröffnet. Nach diesen Verträgen hatte die Abrechnung zwischen den Kontrahenten halbjährlich am 30. Juni und 30. Dezember zu geschehen, und es waren bei derselben die der Klägerin gebührenden Zinsen zu 5%, die dem Kreditnehmer geschuldeten Zinsen zu 3%, im übrigen aber die Zinsen gegenseitig zu 5% jährlich zu berechnen. Außerdem hatte der Kreditnehmer halbjährlich eine Provision von 1/8 % des Umsatzes an die Klägerin zu entrichten.

Wie sich nun aus der Bestimmung der Berechnung gegenseitiger Zinsen, welche nur dahin verstanden werden kann, daß jeder der beiden Kontrahenten die Absicht hatte, durch seine Leistungen nicht etwa die Forderungen des andern Kontrahenten zu tilgen, sondern seinerseits Gläubiger des letztern zu werden,

sowie aus der Festsetzung, daß über die Leistungen der Kontrahenten periodisch abzurechnen und das hiernach dem einen derselben zukommende Guthaben zu ermitteln und zu verzinsen sei, ergibt, sollte der laufende Kredit von der Klägerin dem Grauer in Form eines Kontokorrentverhältnisses gewährt werden. Das wesentliche des letztern besteht nämlich darin, daß von beiden Kontrahenten gegenseitig kreditierte, ein einheitliches Ganzes bildende Leistungen gemacht werden, welche innerhalb des Kontokorrents keine selbständige rechtliche Bedeutung haben, sondern sich als Rechnungsfaktoren bei der Ziehung des Saldos, d. h. bei der Ermittlung der durch die Vergleichung des Gesamtbetrags der Leistungen jedes der beiden Kontrahenten während einer bestimmten Rechnungsperiode sich zu Gunsten des einen Kontrahenten ergebenden Differenz darstellen. Nur diese Differenz bildet den Gegenstand der aus dem Kontokorrentverhältnis entspringenden Forderung, in welcher bei der Saldo-Ziehung die einzelnen Rechnungsposten des Soll und Haben aufgehen [1]). Letzteres ist daher insbesondere auch bei Zinsen und Provision der Fall, welche zu Gunsten des einen Kontrahenten in den Kontokorrent eingestellt werden.

Wird nun für den im Kontokorrentverkehr gewährten Kredit, wie dies im vorliegenden Fall geschehen ist, bis zu einem bestimmten Betrag unterpfändliche Sicherheit geleistet, so erstreckt sich diese nur auf den Kredit, d. h. auf den dem Kreditnehmer aus dem Vermögen des Kreditgebers zur Verfügung gestellten Betrag, und es soll durch dieselbe das bei der Beendigung der Geschäftsverbindung zwischen den Kontrahenten sich ergebende Guthaben des Kreditgebers, soweit solches jenen Betrag nicht übersteigt, dagegen nicht die einzelnen in dem Soll des Kreditnehmers aufgeführten Posten, welche nur insoweit, als sie bei Feststellung des Guthabens des Kreditgebers berücksichtigt sind, aber nicht für sich allein und außerhalb dieses Guthabens stehend durch das Unterpfand gesichert sind, gedeckt werden [2]). Hieraus folgt, daß die Klägerin,

1) Entsch. des R.G. III, 18. X, 53. XVIII, 247.

2) Levy, der Kontok.-Vertrag, S. 100 ff., 226 ff., Grünhut, Zeitschr. III, 532, Seuffert, Arch. XXV Nr. 261, XXVII Nr. 11.

welcher nach dem Eintrag im Unterpfandsbuch für einen laufenden Kredit von 12 000 M. und später von weiteren 4000 M. ein Unterpfand bestellt worden ist, solches auf Grund dieses Eintrags nach Maßgabe des Art. 53 des Pf.Ges. nur bis zu den genannten Beträgen, nicht aber für Zinsen und Provision als eine neben der Kreditsumme laufende selbständige Forderung, soweit ihr nicht nach dem cit. Art. Zinsen seit Anstellung der Schuld- oder Pfandklage zustehen, in Anspruch nehmen kann.

Nun findet sich allerdings in dem Unterpfandsbuch bei der Pfandbestellung zu Gunsten jener laufenden Kredite unter der Rubrik: „Zinstermin und andere Bedingungen" der Eintrag: „die Verzinsung wird bei dem jeweiligen Wechsel- oder Darlehensgeschäft besonders vereinbart werden, und es erstreckt sich die Sicherheit auch auf die Zinse bis zu 7 %". Allein wenn man diesen Eintrag nicht dahin verstehen will, daß die unterpfändliche Sicherheit auch für die Zinsen aus den genannten Rechtsgeschäften, soweit dieselben unter dem bei Beendigung der Geschäftsverbindung zwischen den Kontrahenten sich ergebenden Aktivsaldo der Klägerin begriffen sind, bestellt werde, welche Bestimmung namentlich im Fall der nicht vollständigen Erschöpfung des Kredits von Bedeutung gewesen wäre, so würde die Haftung des Unterpfands für Zinsen aus einer ganz andern Forderung, als aus der in dem Saldoguthaben der Klägerin bestehenden Hauptforderung, nämlich für die Zinsen der Schuld des Grauer aus den einzelnen von demselben mit der Klägerin zufolge des gewährten Kredits abgeschlossenen Wechsel- und Darlehensgeschäften festgesetzt worden sein. Da nun aber die Schuld des Grauer aus den bezeichneten Geschäften als solche dem ausgeführten zufolge nicht unterpfändlich sichergestellt worden ist, so konnte solches auch nicht bezüglich der Zinsen aus dieser Schuld geschehen. Denn nach Art. 54 des Pf.Ges., welches die Haftung des Unterpfands für die Zinsen aus der unterpfändlich gesicherten Forderung, abgesehen von den nach Anstellung der Schuld- oder Pfandklage erwachsenen Zinsen (Art. 53 Abs. 2), regelt, erstreckt sich das Pfandrecht, wenn die Verzinslichkeit der For-

1*

derung im Unterpfandsbuch bemerkt ist, nur auf die in dem ersteren Art. bezeichneten Zinsen aus der versicherten Hauptforderung, nicht aber auf zukünftig verfallende Zinsen aus einer ganz anderen Forderung. Hätte daher in dem obigen Eintrag ein Pfandrecht für die aus den einzelnen Darlehens- oder Wechselgeschäften erwachsenden Zinsen nicht mit der bezeichneten Einschränkung bestellt werden wollen, so vermöchte hierauf die Klägerin keinen Anspruch auf Deckung von Zinsen aus dem Erlös des Unterpfands zu stützen. Unerheblich ist es, wenn im Lauf der Geschäftsverbindung zwischen der Klägerin und Grauer der Kontokorrentverkehr aufgehört und die Klägerin sich darauf beschränkt hat, am Schluß jedes halben Jahres ihren Aktivsaldo zuzüglich Zinsen und Provision auf neue Rechnung zu Kosten des Grauer vorzutragen, und wenn die Leistungen des letztern in Abzahlungen an Zinsen bestanden haben. Denn hierdurch hat sich die Haftung des Unterpfands bezüglich des Umfangs der klägerischen Forderung nicht geändert, da für dieselbe lediglich der Eintrag im Unterpfandsbuch maßgebend ist, nach demselben aber jene Haftung sich nicht auf Zinsen neben dem Salboguthaben der Klägerin erstreckt hat. Aus vorstehendem Grund wäre es auch unerheblich, wenn, wie die Klägerin jetzt behaupten will, die Geschäftsverbindung zwischen dieser und Grauer sich von Anfang nicht als ein eigentliches Kontokorrentverhältnis, sondern als sogenannte laufende Rechnung, bei welcher nur die Klägerin Leistungen, Grauer aber Abschlagszahlungen auf dieselben gemacht hätte, gestaltet haben würde. Hätte auch der Kredit von der Klägerin nach den mit Grauer geschlossenen Verträgen nur in laufender Rechnung gewährt werden sollen, so könnte doch nicht angenommen werden, daß das Unterpfand nach der Absicht der Kontrahenten, insbesondere auch der Klägerin für die einzelnen Schulden des Grauer aus den Wechsel- und Darlehensgeschäften bestellt werden sollte. Denn in diesem Falle wäre ja das Unterpfandsrecht der Klägerin erloschen, sobald jene Schulden von Grauer bezahlt worden wären. Die Wirkung solcher Zahlungen hätten aber nach der jetzigen Darstellung der Klägerin

die Leistungen des Grauer gehabt. Daß nun aber das Unterpfandsrecht der Klägerin wegen Tilgung der seit seiner Bestellung entstandenen einzelnen Forderungen durch Grauer nicht mehr hätte geltend gemacht werden können, trotzdem daß bis zur Beendigung der Geschäftsverbindung mit Grauer neue Forderungen der erstern an den letztern entstanden wären, lag selbstverständlich nicht in der Absicht der Kontrahenten. Vielmehr ging diese, mag der Kredit in Form eines Kontokorrentverhältnisses oder in der einer laufenden Rechnung bewilligt worden sein, dahin, daß die auf Grund des bestehenden Kreditverhältnisses beim Schluß der Geschäftsverbindung sich ergebende, durch gegenseitige Abrechnung zu ermittelnde Schuld des Grauer ohne Rücksicht darauf, aus welchen einzelnen Geschäften sie hervorgegangen sei, bis zu der im Kreditvertrag bezeichneten Summe unterpfändlich gesichert werden solle. Jene Schuld ist aber, wie schon bemerkt worden ist, im Unterpfandsbuch nicht als verzinsliche bezeichnet worden.

Unerheblich ist es, wenn in dem Pfandschein, welcher aus Anlaß der Pfandbestellung für den Kredit von 12000 M. ausgefertigt worden ist, bemerkt wird, daß die unterpfändliche Sicherheit „für diese Schuld samt Zinsen“ geleistet werde. Denn nach Art. 53 des Pf.G. ist bezüglich der Haftung des Unterpfands für die Zinsen lediglich der Eintrag im Unterpfandsbuch maßgebend [1]).

Der Anspruch der Klägerin auf Befriedigung der Zinsen und Provision bis zum 30. Juni 1882 im Betrag von 1011,85 M. aus dem Erlös des Unterpfands stellt sich daher als unbegründet dar.

Urteil des II. Sen. des O.L.G. vom 13. Dezember 1888 in Sachen Gewerbebank Ehingen gegen Haußer.

---

1) Zu vergl. auch Pf.G. Art. 14 Abs. 3, 47, 192, Pf.E.G. Art. 32.

2.

1. Durch die Begebung des vom Aussteller auf seinen Schuldner gezogenen Wechsels wird die der Wechselziehung zu Grund liegende civilrechtliche Forderung des Ausstellers gegen seinen Schuldner nicht an den Wechselnehmer abgetreten.

2. Der Wechselaussteller kann die in der Wechselziehung enthaltene Anweisung zur Erhebung der Wechselsumme von dem Bezogenen vor der Acceptierung oder der Bezahlung des Wechsels durch den letztern gegenüber dem Bezogenen, dagegen nicht gegenüber dem Wechselnehmer widerrufen.

I. In der Vorklage verlangt die Klägerin die Aussonderung des Betrags von 2456,45 M., welchen der Beklagte bei 24 Schuldnern des im Konkurs befindlichen Fabrikanten Friedrich Zehender von Altenstadt als Kaufpreis für von denselben dem letztern abgekaufte Waren eingenommen hat, aus der Zehender'schen Konkursmasse, und die Feststellung des Rechts, die in den Akten näher bezeichneten Kaufpreisforderungen im Betrag von 1758,53 M. einzuziehen, sowie die gleichzeitige Aberkennung eines Rechts des Beklagten in Absicht auf diese Forderungen.

Vorstehende Ansprüche werden darauf gestützt, daß der Gemeinschuldner jene Kaufpreisforderungen vor der Konkurseröffnung an die Klägerin abgetreten habe.

Ein ausdrücklicher Abtretungsakt d. h. eine Erklärung des Gemeinschuldners, daß er die fraglichen Forderungen an die Klägerin übertrage, wird von dieser nicht behauptet. Vielmehr soll die Abtretung nach der Aufstellung der Klägerin durch die Begebung der vom Gemeinschuldner an die Ordre der letztern auf die Schuldner des Kaufpreises gezogenen Wechsel an die Klägerin in Verbindung mit den diese Begebung begleitenden Umständen bewirkt worden sein. Daß durch die Begebung eines Wechsels seitens des Ausstellers der Wechselnehmer kein Recht auf die Deckung, welche der Bezogene von dem Aussteller in Händen hat, also insbesondere auf die der Wechselziehung

zu Grund liegende civilrechtliche Forderung des letztern gegen den erstern erlangt, diese dem Wechselnehmer nicht abgetreten wird, ist nach den Grundsätzen des deutschen Wechselrechts unbestritten[1]) und wird auch von der Klägerin anerkannt. Es sind aber auch die von der letzteren angeführten die Wechselbegebung begleitenden Umstände weder einzeln, noch im Zusammenhalt zur Rechtfertigung der von der Klägerin behaupteten Abtretung geeignet. Wenn nämlich der Gemeinschuldner der Klägerin die Wechsel in dem Sinn begeben hat, daß dieselbe die Zahlungen nicht für ihn, sondern aus eigenem Recht erheben solle, so folgt hieraus nach dem eben bemerkten nicht eine Cession der Kaufpreisforderungen zum Einzug an die Klägerin, sondern es hat damit der Gemeinschuldner der letztern eben dasjenige Recht zur Empfangnahme der Wechselsumme von dem Bezogenen eingeräumt, welches in Ermanglung einer gegenteiligen Uebereinkunft jedem Wechselnehmer auf Grund der Wechselbegebung zusteht. Für die Abtretung jener Forderungen spricht auch nicht die Erwägung, daß die Klägerin, welche dem Gemeinschuldner gegen die ihr von demselben remittierten Wechsel bares Geld gegeben hat, nicht eine widerrufliche Zahlungsanweisung auf die Schuldner des Zehender, sondern die Kaufpreisforderungen des letztern an dieselben als einen realen Wert habe erwerben wollen. Denn wenn auch die Klägerin durch die Abtretung dieser Forderungen unter Umständen eine größere Sicherheit für ihre Darlehen an den Gemeinschuldner erlangt haben sollte, so hat sie eben ihre diesbezügliche Absicht bei der Erwerbung der Wechsel gegenüber dem Gemeinschuldner nicht zum Ausdruck gebracht, und es läßt sich auch nicht ohne weiteres annehmen, daß der letztere mit einer derartigen Absicht einverstanden gewesen sei. Von der Vernehmung des Gemeinschuldners als Zeugen darüber, daß derselbe sich nicht mehr für berechtigt gehalten habe, der Klägerin die Zahlungen durch die Schuldner vorweg zu nehmen, kann,

---

1) Hartmann, Wechselrecht S. 131, Thöl, Handelsrecht, 5. A. II, 483, 498, ders. Wechselrecht, 4. A. S. 720 f., Borchardt, W.O. 8. A. S. 89 Zus. 208c., Entsch. des R.O.H.G. XVIII, 190 f.

abgesehen davon, daß hieraus die Absicht des Gemeinschuldners, die fraglichen Forderungen an die Klägerin abzutreten, nicht zu schließen wäre, nicht die Rede sein, weil keine Thatsachen angeführt sind, in welchen sich jene rechtliche Auffassung des Gemeinschuldners bekundet hätte.

Der Umstand sodann, daß der Gemeinschuldner der Klägerin stets Rimessen auf seine Schuldner und auf Rechnung seiner Schulden der Klägerin gegeben hat, beweist nur, daß derselbe den Bezogenen Deckung und solche sich selbst von dem Wechselnehmer verschafft hat. Wenn ferner die Klägerin den Betrag der vom Gemeinschuldner empfangenen Wechsel, übrigens unter Abzug von Spesen und Kursverlust, dem Gemeinschuldner in dessen Haben sofort nach Remittierung der Wechsel gutgeschrieben haben sollte, so ist sie nur entsprechend einem allgemeinen Handelsgebrauch verfahren, wonach im Kontokorrentverkehr, welcher unbestrittenermaßen zwischen der Klägerin und dem Gemeinschuldner bestanden hat, die Valuta dem Wechselgeber ohne weiteres als Barzahlung in das Kredit der laufenden Rechnung unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß die Wechselschuld getilgt, für den Wechselnehmer also eine Regreßverpflichtung, bezw. Veranlassung zur Ausübung des Wechselregreßrechts nicht entstehen werde, gestellt wird [1]). Daß auch im vorliegenden Fall die Beteiligten von dieser Voraussetzung ausgegangen sind, erhellt daraus, daß der Betrag der von dem Gemeinschuldner der Klägerin remittierten und von dieser in dem Haben des erstern gebuchten Wechsel im Fall ihrer Nichteinlösung und des Rückgangs derselben an die Klägerin von der letztern unter Hinzurechnung der entstandenen Kosten in das Soll des Gemeinschuldners eingetragen wurde.

Wenn weiter der Gemeinschuldner nach der Begebung der fraglichen Wechsel an die Ordre der Klägerin hievon die Bezogenen durch Avisbriefe benachrichtigt hat, so ist dies nicht, wie Klägerin behauptet, im kaufmännischen Verkehr als die

1) Entsch. des R.O.H.G. III, 145, VI, 253, VII, 44, IX, 245, XI, 309, XXII, 337.

Anzeige der Abtretung der dem Wechselzug zu Grund liegenden Forderung an den Wechselnehmer seitens des Ausstellers aufzufassen, sondern es pflegt solches ebenso, wie auch in Fällen, in welchen dem Aussteller keine civilrechtliche Forderung gegen den Bezogenen zusteht, nur zu dem Zweck zu geschehen, um die Erfüllung des Zahlungsauftrags durch den Bezogenen, für welchen der Aussteller dem Wechselnehmer wechselrechtlich haftet, vorzubereiten und zu sichern [1]). Daß es sich in dem Avisbrief lediglich um die Benachrichtigung des Bezogenen von der Wechselziehung und um das Ersuchen desselben, den Zahlungsauftrag zu erfüllen, erforderlichenfalls unter Bezeichnung der Deckung, nicht um Bekanntgebung eines Cessionars an den Bezogenen als abgetretenen Schuldner handelt, ergibt sich schon daraus, daß gar häufig der Wechsel nicht von dem ersten Wechselnehmer, sondern von einem dem Aussteller bei der Begebung unbekannten Nachmann dieses Nehmers dem Bezogenen zur Zahlung präsentiert wird, wie solches auch im vorliegenden Fall geschehen ist.

Wenn endlich der Klägerin für die derselben vom Gemeinschuldner begebenen Tratten und deren richtigen Eingang zuzüglich der Einklagekosten Bürgschaft geleistet worden ist, so können unter diesen Kosten nicht die Kosten der Einklagung der Kaufpreisforderungen des Gemeinschuldners, sondern nur die Kosten der Einklagung der von den Bezogenen acceptierten Tratten verstanden werden.

Hiernach hat die Klägerin nicht dargethan, daß der Gemeinschuldner ihr die Eingangs erwähnten Kaufpreisforderungen abgetreten habe. Vielmehr hat der Gemeinschuldner durch die Begebung der von ihm auf seine Schuldner gezogenen Wechsel an die Klägerin dieser neben der Uebernahme einer wechselrechtlichen Verpflichtung für die Einlösung der Wechsel eine Anweisung zur Erhebung der in denselben bezeichneten Summen von den Bezogenen erteilt. Diese Anweisung konnte den letztern gegenüber der Aussteller und nach der Er-

1) Hartmann a. a. O. S. 131, Thöl, Wechselrecht S. 245.

öffnung des Konkursverfahrens gegen denselben der Konkursverwalter jederzeit widerrufen, solange die Bezogenen die Wechsel nicht acceptiert oder an den Wechselnehmer Zahlung geleistet haben [1]).

Ob die Eröffnung des Konkursverfahrens gegen den Aussteller wenigstens von dem Zeitpunkte an, zu welchem der Bezogene Kenntnis von dieser Eröffnung erlangt hat [2]), dem letztern gegenüber die Wirkung des Widerrufs des Zahlungsauftrags hat, kann dahingestellt bleiben, da der Beklagte unbestrittenermaßen den Schuldnern des Zehender, um welche es sich in der Vorklage handelt, die Einlösung der vom Gemeinschuldner auf sie gezogenen Wechsel verboten hat, ohne daß die Schuldner letztere vorher acceptiert oder an den Wechselnehmer Zahlung geleistet haben.

Nach dem Erlöschen des Zahlungsauftrags gegenüber dem Bezogenen steht der Klägerin gegen den Aussteller der Wechsel nur ein Regreßanspruch zu, welcher von ihr nunmehr in dem Konkursverfahren gegen den letztern geltend zu machen ist. Dagegen hat die Klägerin auf Grund der in der Wechselbegebung enthaltenen Anweisung kein Recht auf Aussonderung der von dem Beklagten eingezogenen Kaufpreisforderungen des Gemeinschuldners und auf Feststellung des Rechts zur Einziehung der noch ausstehenden Kaufpreisforderungen desselben, wie denn auch die Klägerin ein solches Recht auf die bloße Anweisung zur Zahlungserhebung nicht gestützt hat.

Ebensowenig läßt sich der Anspruch der Klägerin auf Aussonderung vom Gesichtspunkt der unbeauftragten Geschäftsführung aus begründen. Denn stand der Klägerin ein Recht auf die fraglichen Kaufpreisforderungen nicht zu, so kann auch nicht davon die Rede sein, daß der Beklagte bei der Einziehung derselben die Absicht gehabt habe, die Geschäfte der Klägerin zu führen, oder daß er hierbei widerrechtlich über fremdes Vermögen zu seinem eigenen Vorteil verfügt habe [3]).

1) Heise und Kropp, Abh. II, 401, Thöl, Wechselrecht S. 777, Hartmann, Wechselrecht S. 122 f., Borchardt, W.O. S. 89 Anm. 1c.

2) Zu vergl. § 7 der K.O.

3) Zu vergl. Entsch. des R.G. XIII, 184.

Der vorige Richter hat daher die Vorklage mit Recht abgewiesen. Hiernach kann dahingestellt bleiben, ob, wenn mit der Klägerin anzunehmen wäre, daß die von derselben behauptete Abtretung stattgefunden habe und die abgetretenen Schuldner vor der Zahlung an den Beklagten von der Abtretung benachrichtigt worden wären, die Klage auf Herausgabe der von den letztern eingezogenen Beträge nicht schon darum abzuweisen sei, weil jene Schuldner in diesem Fall von ihrer Schuld an den Cessionar nicht befreit worden wären.

II. Die Widerklage ist gerichtet auf die Erstattung des Betrags von 1334,87 M., welcher durch die nach der Konkurseröffnung gegen Zehender erfolgte Einlösung von 17 Tratten, die der Gemeinschuldner zum Zweck der Einziehung von Kaufpreisforderungen an die Ordre der Klägerin ausgestellt und dieser begeben hat, seitens der Bezogenen an die Indossatare der Klägerin bezahlt worden ist. Dieselbe wird teils auf ungerechtfertigte Bereicherung der Klägerin, sofern diese als durch jene Tratten des Gemeinschuldners Beauftragte nach der Konkurseröffnung gegen den letztern die fraglichen Forderungen nicht mehr habe einziehen dürfen, überdem der Beklagte durch das Schreiben vom 31. Januar 1888 den Zahlungsauftrag an die Klägerin in den Tratten widerrufen habe, die Bezogenen aber, weil sie zur Zeit der Einlösung der Tratten von der Konkurseröffnung gegen Zehender keine Kenntnis gehabt hätten, gemäß § 7 der K.O. von ihrer Verbindlichkeit gegenüber dem letztern befreit worden seien, teils auf unbeauftragte Geschäftsführung für den Beklagten im Bewußtsein der Widerrechtlichkeit ihrer Handlungsweise seitens der Klägerin gestützt.

Wenn nun auch dem oben ausgeführten zufolge der Aussteller des Wechsels, welcher denselben weiterbegeben hat, solange der Bezogene den Wechsel dessen Nehmer gegenüber nicht acceptiert oder denselben bezahlt hat, den dem Bezogenen erteilten Zahlungsauftrag widerrufen und dadurch die Erhebung der Wechselsumme seitens des Wechselnehmers verhindern kann, so steht doch jenem Aussteller nicht das Recht des Widerrufs der Anweisung zur Erhebung der Zahlung

gegenüber dem Wechselnehmer zu. Denn diesem erteilt der Aussteller durch die Begebung des Wechsels nicht eine einfache Anweisung zur Zahlungserhebung, sondern er verpflichtet sich demselben wechselmäßig für die Erfüllung des Zahlungsauftrags durch den Bezogenen. Der Wechselnehmer erlangt daher durch die Begebung ein eigenes ihm gegenüber nicht widerrufliches Recht aus dem Wechsel, kraft dessen er befugt ist, dem Bezogenen den Wechsel zur Annahme und zur Zahlung vorzuzeigen und letztere, wenn er auch solche im Rechtsweg nicht zu erzwingen vermag, solange der Wechsel nicht acceptiert ist, von dem Bezogenen in Empfang zu nehmen. Dieses Recht kann ihm, wie bemerkt, von dem Wechselaussteller nur dadurch entzogen werden, daß derselbe den Bezogenen, ehe dieser acceptiert oder bezahlt hat, anweist, den Zahlungsauftrag nicht auszuführen, in welchem Fall die Regreßpflicht des Ausstellers gegenüber dem Wechselnehmer begründet wird [1]). Erscheint aber der Wechselnehmer, soweit er die Bezahlung der Wechselsumme von dem Bezogenen in Empfang nimmt, nicht als Beauftragter des Ausstellers, sondern als aus eigener Person Berechtigter, so hat die Konkurseröffnung gegen den Aussteller, welcher den Wechsel vor derselben begeben hat, auf das Recht des Wechselnehmers zu jener Empfangnahme keinen Einfluß, und ebensowenig kann der Konkursverwalter dieses Recht durch Widerruf der Anweisung zur Zahlungserhebung gegenüber dem Wechselnehmer entziehen. Wenn daher die Klägerin die ihr von Zehender vor der Konkurseröffnung begebenen Wechsel nach derselben durch ihre Indossatare von den Bezogenen hat einlösen lassen, so hat sie damit nur von einem eigenen Recht Gebrauch gemacht, und auch wenn dadurch mittelbar die dem Gemeinschuldner, bezw. Namens desselben seiner Gläubigerschaft zustehenden civilrechtlichen Forderungen gegen die Bezogenen getilgt worden sind, sich kein Vermögensrecht des Gemeinschuldners, bezw. der Gläubigerschaft desselben in ungerechtfertigter oder widerrechtlicher Weise angeeignet. Denn

1) Hartmann a. a. O. S. 122, Thöl, Wechselrecht S. 779, ders. Handelsrecht II, 502 f., Borchardt a. a. O. S. 89 Anm. 1b.

auch sofern die Klägerin zur Zeit der Weiterbegebung oder zur Zeit der Einlösung der fraglichen Wechsel gewußt hat, daß das Konkursverfahren gegen den Aussteller Zehender ausgebrochen sei, liegt eine rechtswidrige Handlungsweise der Klägerin gegenüber der Gläubigerschaft des letztern nicht vor, weil die Klägerin auf Grund der Begebung der Wechsel durch den Gemeinschuldner ein vom Widerruf desselben und seiner Gläubigerschaft unabhängiges Recht auf jene Weiterbegebung und Einlösung der Wechsel erworben hat.

Die Widerklage ist daher abzuweisen.

Urteil des O.L.Gerichts II. Senat vom 7. Februar 1889 in Sachen Handwerkerbank Geislingen gegen Zehender'schen Konkursverwalter.

3.

Unter welchen Voraussetzungen ist ein aus Wort, Zahl und figürlicher Darstellung zusammengesetztes Zeichen ein eintrags- und schutzfähiges Warenzeichen im Sinn des Markenschutzgesetzes?

Beide Parteien haben eine Gattung von Liqueur, sogenannten russischen Eckaukümmel, in Verkehr gesetzt und ihre Flaschen mit einer gedruckten Aufschrift versehen, welche nicht bloß in den Worten „Eckau No. 00", sondern auch in der diese Worte umrahmenden Figur genau übereinstimmten. Die Klägerin hatte für dieses Zeichen (dessen nähere Beschaffenheit aus den unten angeführten Entscheidungsgründen Zf. 3 erhellt) einen Eintrag im amtsgerichtlichen Zeichenregister erwirkt und beantragte mittels gerichtlicher Klage, der Beklagten den Gebrauch des Warenzeichens zu untersagen. Die Klage wurde abgewiesen aus folgenden

Gründen:

Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt von Beantwortung der Frage ab, ob das zu Gunsten der Klägerin im Zeichenregister des Amtsgerichts Posen eingetragene, aus Wort, Zahl und figürlicher Darstellung kombinierte Zeichen ein eintrags- und schutzfähiges Warenzeichen im Sinn des Reichsgesetzes über

den Markenschutz vom 30. November 1874, also ein Warenzeichen ist, welches zur Unterscheidung des aus der Fabrik der Klägerin stammenden sogen. russischen Eckaukümmels No. 00 von der gleichen Kümmelgattung anderer Gewerbetreibender bestimmt ist (§ 1 des Ges.), und welches nicht ausschließlich in Zahlen, Buchstaben oder Worten besteht (§ 3 Abs. 2).

Hiebei ist zunächst

1. in Uebereinstimmung mit der eigenen Auffassung der Klägerin, insbesondere mit der Art der Anmeldung, welche „für russischen Eckaukümmel 00" erfolgte, als thatsächlich feststehend zu betrachten, daß die Worte und Zahlen „Eckau No. 00" kein willkürlich angebrachtes Unterscheidungsmerkmal für die Herkunft des Kümmels aus der Fabrik der Klägerin, sondern vielmehr die technische Bezeichnung einer gewissen, auch von andern Fabrikanten unter demselben Namen hergestellten Gattung von Kümmel enthalten, wobei der Ortsname Eckau wie dies häufig im Verkehr vorkommt, zur Bezeichnung nicht des Fabrikationsorts, sondern der Warengattung, und die Nullen zur Bezeichnung der Qualitätsnummer dienen. Für sich allein betrachtet hätten daher die Worte „Eckau No. 00" nur die Bedeutung einer an der Flasche angebrachten Angabe über den äußerlich nicht erkennbaren Inhalt derselben, somit einer Etikette, deren sich jeder Dritte in der gleichen Form von Wort und Zahl selbst dann bedienen dürfte, wenn das Gesetz als schutzfähige Warenzeichen überhaupt solche zuließe, welche ausschließlich aus Wort und Zahl bestehen.

2. Sollen diese Worte zum Bestandteil eines schutzfähigen Warenzeichens werden, so muß eine solche figürliche Darstellung hinzukommen, mittels deren der Zweck erkennbar wird, den „Eckau No. 00" der Klägerin von den aus andern Fabriken stammenden „Eckau No. 00" zu unterscheiden.

Indem nun die Klägerin der jene Worte einschließenden Figur diesen Charakter beimißt, stützt sie ihren Standpunkt schlechthin auf den Wortlaut des Gesetzes, welcher allerdings einen Unterschied zwischen Zeichen von größerer und geringerer figürlicher Gestaltung oder individueller Unterscheidungskraft

nicht ausdrücklich aufstellt, vielmehr die Bestimmung darüber, welche Gestalt das „Zeichen“ haben soll, regelmäßig (abgesehen von der Vorschrift des § 3 Abs. 2, vgl. mit § 10 Abs. 2) demjenigen überläßt, welcher sich dasselbe durch Anmeldung schafft. Allein dieser Grundsatz muß, wofern nicht seine Anwendung zu Ergebnissen führen soll, die nicht im Sinn des Gesetzes liegen können, notwendig eine Schranke haben, und hat eine solche in dem Begriff des Warenzeichens, wie er sich entsprechend den Bedürfnissen des Warenverkehrs aus dem allgemeinen Sprachgebrauch und dem Zweck des Gesetzes ergibt. Ist hiernach das Warenzeichen ein willkürlich angebrachtes Merkzeichen, aus welchem der Käufer sich der Herkunft einer Ware von einem bestimmten Gewerbtreibenden vergewissern will und kann, so muß auch der letztere die Absicht, die Herkunft seiner Ware deutlich erkennbar zu machen, mittels einer Form zum Ausdruck bringen, welche dieser Absicht vernünftigerweise entspricht, also geeignet ist, die Aufmerksamkeit des Käufers in der genannten Richtung überhaupt auf das Zeichen zu lenken.

Diese Schranke wird von denjenigen verkannt, welche auch für die in einer Verbindung von Wort und Zahl mit einer Figur bestehenden Zeichen, obwohl das Gesetz den Worten und Zahlen für sich allein die Schutzfähigkeit ausdrücklich abgesprochen hat, die Ansicht aufstellen, daß unter allen Umständen jede auch noch so unbedeutende figürliche Darstellung neben Wort und Zahl die Eintragsfähigkeit eines Zeichens bewirke, und daß es dem Anmeldenden unter allen Umständen freistehe, durch Beifügung jeder auch noch so unwesentlichen ornamentalen Zuthat das in der Hauptsache aus Wort und Zahl bestehende Zeichen zu einem eintragsfähigen Warenzeichen zu stempeln. Es ist vielmehr mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts [1]) im Anschluß an die Entstehungsgeschichte des § 3 Abs. 2 des Ges. und im Einklang mit Begriff und Zweck des Warenzeichens davon auszugehen, daß bei derartigen Kombina-

1) Entsch. Band 10, S. 56, (vgl. ferner Bd. 3, S. 72, Bd. 6, S. 76, Bd. 19, S. 170 und Entsch. in Straff. Bd. 6, S. 33).

tionszeichen eine in die Augen fallende Figur einen wesentlichen Bestandteil bilden muß, und daß übliche Umrahmungen und Randverzierungen, soweit sie nur als Zubehör einer, im übrigen aus Wort und Zahl bestehenden Etikette ins Auge fallen, zur Begründung der Eigenschaft eines gesetzlich zulässigen Warenzeichens ungeeignet sind.

3. Ob eine Verzierung als eine figürliche Darstellung, deren Verwendung neben Wort und Zahl dem Zeichen die Schutzfähigkeit gewähren kann, oder als eine rechtlich nicht in Betracht kommende Umgrenzung von Wort und Zahl erscheint, ist eine Frage, welche der thatsächlichen Feststellung im einzelnen Fall unterliegt. Die Würdigung der konkreten Beschaffenheit des vorliegenden Zeichens führt zu einer Entscheidung im letzteren Sinne.

Dieses Zeichen besteht ausschließlich darin, daß die Worte „Eckau No. 00“ von zwei parallellaufenden Ovallinien umrahmt sind, deren innere sich von der äußeren durch geringere Breite, sowie dadurch unterscheidet, daß ihr Innenrand anstatt einfacher Linienform in eine ununterbrochene Reihe gleichmäßiger kleiner Schnörkel ausläuft. Nach dem Eindruck, welchen das Gesamtbild des Zeichens jedem Beschauer, also auch dem Käufer der Ware aufdrängt, verfolgt und erreicht diese Umrahmung nur den Zweck, als den Gegenstand der Betrachtung dasjenige in seiner Erscheinung herauszuheben, was durch die Umrahmung begrenzt wird, also die Angabe, daß die Flasche „Eckau No. 00“ enthalte. Ueber die Bedeutung einer bloßen, aus ästhetischen Gründen allgemein üblichen Randverzierung einer Etikette vermag sich die Figur, zumal bei der Geringfügigkeit ihrer ornamentalen Gestaltung, nicht zu erheben. Sie fällt nicht für sich, sondern lediglich als nebensächliches Zubehör der Etikette in die Augen, wogegen als der allein wesentliche Bestandteil des Zeichens die in Zahl und Wort bestehende Etikette selbst erscheint. Wie diese Aufschrift, weil sie nur die Warengattung bezeichnet, ebenso läßt auch der figürliche Zusatz, weil er nur diese Bezeichnung der Warengattung in der hergebrachten Form einer unbedeutenden Verzierung heraushebt, ein Merkmal

vermissen, auf welches der Käufer das Augenmerk richten könnte, um sich der Herkunft der Ware aus einer bestimmten Quelle zum Unterschied von den aus andern Quellen stammenden „Eckau No. 00“ zu vergewissern.

Es kann daher dem in diesen Bestandteilen sich erschöpfenden Gesamtzeichen nicht die Bedeutung eines eintragsfähigen Warenzeichens in dem oben festgestellten Sinn zukommen.

Urteil des Oberlandesgerichts II. Civilsenat vom 21. März 1889 i. S. Kantorowicz und Hartwig gegen Landauer und Macholl.

4.

Haftung der Unterpfandsbehörde für ein von ihr ausgestelltes Zeugnis. Betrag des Schadens.

Die Spar- und Leihkasse B. hat sich von Felix B. von B. Güterzieler im Betrag von 500 M. abtreten lassen, welche dieser an Elisabeth B. zu fordern hatte. Bei der Cession haben sich der Cedent Felix B. und Peter K. als Bürgen für die Schuldnerin haftbar gemacht. Auf Verlangen der Cessionarin, der Spar- und Leihkasse B., haben die Beklagten in ihrer Eigenschaft als Mitglieder der Unterpfandsbehörde zu B. über das Vermögen der Schuldnerin und der Bürgen ein Zeugnis ausgestellt, worin dieselben bezeugen, „daß Schuldner und Bürgen zur Deckung des cedierten Betrages hinlänglich schuldenfreies liegenschaftliches Vermögen besitzen“. Die Cessionarin konnte von der Schuldnerin und den Bürgen nur teilweise Befriedigung erlangen und blieb mit einem Teil ihrer Forderung unbefriedigt. Sie verlangt nun von den Beklagten ihren Ausfall ersetzt, weil diese schuldhafterweise ein unrichtiges Vermögenszeugnis ausgestellt haben. In 2. Instanz wurden die Beklagten, unter teilweiser Abweisung der Klage, zu teilweiser Ersatzleistung verurteilt.

Gründe:

I. Die Beklagten haben in ihrem Zeugnis die Frage bejaht, ob die Schuldnerin und die Bürgen ein liegenschaftliches Ver-

mögen besitzen, das — wenn nicht ganz, doch — hinreichend schuldenfrei sei, um zur Deckung des cedierten Betrages zu dienen; nicht etwa: zur Deckung des cedierten Betrages hinlängliches schuldenfreies Vermögen in Liegenschaft.

Eine Liegenschaft ist nicht schon dann hinlänglich schuldenfrei, um für eine Forderung die im Verkehr gewöhnlich geforderte Sicherheit zu gewähren, wenn der Wert derselben die übrigen Schulden um den Betrag der in Rede stehenden Forderung übersteigt. Es müssen insbesondere auch die Zinsen aus den auf der Liegenschaft bereits versicherten Forderungen in Rechnung genommen, und es darf nicht außer acht gelassen werden, daß beim Verkaufe der Liegenschaft, insbesondere wenn derselbe im Zwangsvollstreckungsverfahren erfolgt, der Erlös häufig dem Schätzungswerte nicht gleich kommt, auch im Falle der Zwangsvollstreckung aus dem Erlöse nicht nur die Kosten des Verfahrens und die Ausgaben für die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Masse zu bestreiten, sondern auch gewisse Realgläubiger vorweg zu befriedigen sind. (Gesetz vom 18. August 1879, betr. die Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen, Art. 22.) Es bestimmt deshalb auch das Pfandgesetz Art. 13, daß der Gläubiger für die Regel verlangen kann, daß der Schätzungswert eines ihm zu gewährenden Unterpfandes nicht unter dem anderthalbfachen Betrage der Forderung stehe, und es ist im Pfandgesetz Art. 183 und 185, sowie in § 77 der Haupt-Instruktion weiter angeordnet, daß, wenn ein Grundstück mit einem Vorpfande belastet ist, von dem Werte desselben der anderthalbfache Betrag der bereits darauf ruhenden Forderungen abzuziehen ist, um zu finden, welcher Teil des Schätzungswertes als frei zu betrachten ist. Diese auch im Verkehrsleben allgemein anerkannten Gesichtspunkte hatten die Beklagten bei Ausstellung ihres Zeugnisses zu berücksichtigen, wenn sie nicht der Vorwurf treffen soll, daß sie die ihnen obliegende Sorgfalt hintangesetzt haben. Bei Beurteilung der Frage, ob Schuldner und Bürgen zur Deckung des cedierten Betrages hinlänglich schuldenfreies liegenschaftliches Vermögen besitzen, mußte sodann das liegenschaftliche

Vermögen der Schuldnerin und das der Bürgen je für sich in Betracht gezogen werden. Denn war das der (solidarisch haftbaren) Bürgen nicht hinlänglich schuldenfrei, so bot ihre Bürgschaft nicht die erforderliche Sicherheit; wie andererseits, wenn das Vermögen der Schuldnerin nicht hinlänglich schuldenfrei war, die Beklagten diesen für die Cessionarin erheblichen Umstand nicht verschweigen durften. Daß zur Beurteilung der Frage, ob der Erwerb einer Zielerforderung rätlich sei oder nicht, es von wesentlichem Interesse ist, sowohl von den Vermögensverhältnissen des Schuldners, als der Bürgen möglichst sichere Kenntnis zu erlangen, konnte den Beklagten nicht entgehen. Sie mußten sich insbesondere notwendig sagen, daß die Klägerin, eine Spar- und Waisenkasse, somit ein Institut, das bei Kreditoperationen mit besonderer Vorsicht zu Werke zu gehen hat, sowohl bezüglich der Bürgen, als der Schuldnerin solche Kenntnis zu erhalten, das dringendste Interesse habe.

II. Die Schuldnerin Elisabeth B. besaß, wie unbestritten ist, am 10. Oktober 1882, zur Zeit der Entstehung der Kaufschillingszielerschuld, welche die Klägerin durch Cession seitens des Gläubigers Felix B. erworben hat, liegenschaftliches Vermögen im Anschlage von 971 M. 42 Pf., worauf unterpfändlich versicherte Schulden im Betrage von 828 M. 57 Pf. hafteten, so daß, wenn diese Schulden auch nur im einfachen Betrage abgerechnet werden, nur ein Ueberschuß von 142 M. 85 Pf. verblieb. Der Schätzungswert der Liegenschaft der Schuldnerin kam also dem anderthalbfachen Betrage der darauf versicherten Schulden bei weitem nicht gleich, und es war derselbe also auch nicht teilweise als frei zu betrachten. Das liegenschaftliche Vermögen des Bürgen Peter K. im Anschlage von 4071 M. 43 Pf. hat einen den Betrag der darauf haftenden Schulden mit 3627 M. 57 Pf. nur um 443 M. 86 Pf. übersteigenden Wert, bot also bei weitem keine anderthalbfache Sicherheit, und war also keineswegs hinreichend schuldenfrei, um zur Deckung des cedierten Betrags zu dienen. Aehnlich verhält es sich auch mit dem liegenschaftlichen Vermögen des Cedenten Felix B., der sich für die cedierten Zieler nebst

Zinsen als Bürge und Selbstschuldner zu haften verpflichtet hat. Auf seiner Liegenschaft im Anschlage von 6192 M. 86 Pf. hafteten am 2. Oktober 1882 Schulden im Betrage von 4638 M. 59 Pf., die also nicht anderthalbfach versichert waren.

Hienach hatte weder die Schuldnerin, noch hatte einer der Bürgen am 21. Oktober 1882 zur Deckung des cedierten Betrages hinlänglich schuldenfreies liegenschaftliches Vermögen.

III. Die Beklagten haften deshalb der Klägerin für den Schaden, der dieser durch das unwahre Zeugnis zugegangen ist, das sie als Mitglieder der Unterpfandsbehörde ausgestellt haben. Denn die Beklagten kannten, wie sie nicht bestreiten, die Vermögensverhältnisse der Schuldnerin und Bürgen. Und sie können die Ausstellung dieses unrichtigen Zeugnisses auch nicht durch ihr Vorbringen exkulpieren, sie haben das Ansinnen der Klägerin, ein Zeugnis darüber abzugeben, ob Schuldner und Bürgen zur Deckung des cedierten Betrages hinlänglich schuldenfreies liegenschaftliches Vermögen besitzen, dahin aufgefaßt, die Klägerin wünsche ein Zeugnis lediglich darüber zu erhalten, ob das liegenschaftliche Vermögen, das Schuldner und Bürgen besitzen, nach Abzug der darauf haftenden Schulden im einfachen Betrage derselben zusammen einen Wert habe, der dem Betrage der cedierten Forderung gleichkomme. Den Beklagten stand nicht zu, die Anfrage der Klägerin in einem Sinne aufzufassen, der dem Wortsinne unzweifelhaft nicht entsprach; sie mußten sich sagen, daß diese Auffassung der Absicht der Klägerin nicht entspreche, da diese, wie ausgeführt, ein wesentliches Interesse hatte, zu erfahren, ob sowohl die Schuldnerin, als jeder der solidarisch haftenden Bürgen ein liegenschaftliches Vermögen besitze, das, um zur Deckung des cedierten Betrages zu dienen, hinlänglich schuldenfrei d. h. mit Schulden nur soweit belastet sei, daß nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge im Falle eines Exekutionsverkaufes noch genügende Sicherheit verbleibe, die Beklagten durften deshalb auch die Schulden nicht bloß im einfachen Betrage vom Schätzungswerte in Abzug bringen, und die angeführten Bestimmungen der Pfandgesetzgebung auch im gegebenen Falle nicht ganz außer

Acht lassen. Wollten die Beklagten sich auf die Beurkundung beschränken, daß das liegenschaftliche Vermögen der Schuldnerin und der Bürgen nach Abzug des einfachen Betrages der darauf haftenden Schulden zusammen einen Wert habe, der zur Deckung der cedierten Forderung hinreiche, so hätten sie dem Ausdruck geben müssen, was nicht geschehen ist.

IV. Daß die Klägerin die in Rede stehende Zielerforderung nicht erworben haben würde, wenn die Beklagten nicht das unrichtige Zeugnis vom 21. Oktober 1882 ausgestellt hätten, darf ohne Bedenken als bewiesen angenommen werden. Eben darum, weil die Klägerin die in Rede stehende Beurkundung der Pfandbehörde forderte, ist auch davon auszugehen, daß das der Cession zu Grunde liegende onerose Rechtsgeschäft von der Ausstellung dieser Beurkundung abhängen sollte; und es ergibt sich aus der Verbindung des Formulares für die Beurkundung der Unterpfandsbehörde mit dem Formulare der Cessionsurkunde, daß die Klägerin erst nach dem Empfange der Cessionsurkunde und des an diese Urkunde sich anschließenden Zeugnisses der Unterpfandsbehörde zu dem ihr von dem Cedenten proponierten Rechtsgeschäft endgültig zugestimmt hat.

V. Die Beklagten haben durch die Ausstellung dieses Zeugnisses allerdings nicht verschuldet, daß die cedierte Forderung nicht ganz beigetrieben werden konnte. Die behufs der Einziehung dieser Forderung beantragten Zwangsvollstreckungshandlungen hätten ein günstigeres Ergebnis nicht gehabt, wenn die Beklagten auch das Zeugnis nicht ausgestellt hätten. Der Grund, weshalb die Forderung nicht ganz beigetrieben werden konnte, war lediglich die Vermögenslage, in welcher sich die Schuldnerin und die Bürgen befanden. Die Beklagten haben nicht etwa eine Garantie dafür übernommen, daß die Forderung einbringlich sei. Sie haften vielmehr der Klägerin für das Interesse, das diese daran hatte, nicht zu dem Erwerbe der Forderung bestimmt worden zu sein. Ob die Klägerin durch den Erwerb der teilweise uneinbringlichen Forderung benachteiligt war, bestimmt sich lediglich nach dem der Cession zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte, und nach

dessen Inhalt. Hätte die Klägerin, wie sie in erster Linie behauptet, den Nominalbetrag der Forderung als Kaufpreis bezahlt, so bestände ihr Interesse, das die Beklagten zu ersetzen hätten, eben darin, daß sie für eine nur teilweise einbringliche Forderung den Nominalbetrag der ganzen Forderung als Kaufpreis verwilligt hat; und der Verlust der Klägerin bestände in dem Betrage, um den der Kaufpreis den geretteten Teil der Forderung übersteigt, also in dem ganzen Betrage des Ausfalles. Hat dagegen die Klägerin mit einem Rabatt-Abzug, also um einen niedrigeren Preis, als der Betrag der Forderung war, dieselbe erkauft, so bestand ihr Verlust nur in dem Betrage dessen, um was der verwilligte Preis höher war als der gerettete Teil der Forderung, also in dem erlittenen Ausfalle an der Forderung abzüglich des Rabattes. Wenn die Klägerin auch den Ersatz des Rabattes d. h. des Gewinnes beanspruchen will, den sie gemacht hätte, wenn die Forderung ganz eingegangen wäre, so hätte sie darlegen müssen, daß sie anderweitig einen solchen Gewinn zu machen Gelegenheit gehabt hätte, diese Gelegenheit aber darum nicht habe benützen können, weil sie die in Rede stehende Zielerforderung erworben habe. In dieser Beziehung fehlt es aber dem Anspruche der Klägerin auf Ersatz eines ihr entgangenen Gewinnes an der thatsächlichen Begründung. Es ist deshalb die Forderung der Klägerin auf Ersatz des Rabattes als unbegründet abzuweisen.

Urteil des 1. Civilsenats des Oberlandesgerichts in der Berufungssache der Spar- und Leihkasse zu B. gegen den Schultheißen K. in B. und Genossen vom 12. Oktober 1888.

5.

Zu A. 232 Abs. 3 des Pfandgesetzes. Irreleitung der Unterpfandsbehörde.

Dem Gläubiger E. stand nach andern ihm vorgehenden Gläubigern ein Unterpfandsrecht auf der Liegenschaft seines Schuldners R. für ein Anlehen von 2402 M. zu. Der Schuldner

wollte ein neues Anlehen aufnehmen und hiefür seine Liegenschaft dem neuen Gläubiger F. mit erstem Recht verpfänden.

Von dem neuen Darlehen sollten die dem Gläubiger E. vorgehenden älteren Forderungen getilgt werden, der Gläubiger E. aber das zweite Pfandrecht nach dem neuen Gläubiger F. erhalten. Der erstere erklärte in einer Urkunde vom 14. April 1881, er sei mit dem zweiten Pfandrecht und der Bürgschaft eines Dritten zufrieden, wenn ihm an seiner Forderung von 2402 M. der Betrag von 2000 M. bezahlt werde. Obwohl nach angestellter Berechnung nur 700 Mk. für denselben übrig blieben, verpfändete dennoch die Unterpfandsbehörde zu L. am 22. April 1881 die Liegenschaft des R. dem neuen Gläubiger mit erstem Recht. Der Pfandkassier erhob das neue Darlehen bei F., zahlte die vorgehenden Gläubiger aus und übergab den Rest mit 700 M. dem Gläubiger E. Allein dieser war hiemit nicht zufrieden, er machte, da die Bedingung für seinen Verzicht nicht eingetreten war, das erste Pfandrecht geltend und es erlitt hiedurch der neue Gläubiger im Zwangsvollstreckungsverfahren einen Verlust an seiner Forderung. Der Beklagte, welcher als Hilfsbeamter bei jenem Beschluß mitgewirkt hat, hat diesen Schaden ersetzt und nimmt nun seinen Regreß gegen die übrigen Mitglieder der Unterpfandsbehörde. Diese wenden ein, sie seien durch den Kläger irregeleitet worden. Die Klage wurde in 2. Instanz abgewiesen.

Gründe.

I. Die Einrede der Beklagten, sie seien bei dem Beschlusse vom 22. April 1881 durch den Kläger irregeleitet worden, erscheint als begründet.

Sieht man zunächst ab von denjenigen durch den Kläger bestrittenen Erklärungen desselben, auf welche sich Beklagte zur Begründung dieser Einrede berufen, so ergibt sich eine solche Irreleitung schon aus dem unbestrittenen Hergang bei der fraglichen Pfandbestellung, insbesondere dem Inhalt des vom Kläger hierüber aufgenommenen Protokolls.

1. Kläger ist unbestrittenermaßen zum Hilfsbeamten der Unterpfandsbehörde B. bestellt. In dieser Eigenschaft war

er, wie der Eingang des Gesetzes vom 30. Juli 1845 besagt, der zur Unterstützung der Unterpfandsbehörde berufene sachkundige Geschäftsmann, und vereinigte in seiner Person die Stellung eines Mitglieds der Unterpfandsbehörde und die des Ratschreibers in Unterpfandsachen (Ges. cit. art. 1). In letzterer Eigenschaft hatte er alles zu besorgen und zu den Akten zu bringen, was zur Vorbereitung der kollegialischen Beratung und des Beschlusses gehört, insbesondere alle für das Erkenntnis über die Unterpfandsbestellung erforderlichen Notizen aus dem Unterpfandsbuch und andern zu Gebot stehenden Urkunden und Verhandlungen genau zu erheben und der Behörde vorzulegen. (Ges. cit. art. 1 und Pfandgesetz art. 155.) Auch lag ihm die durchgängige Prüfung und Berichtigung aller Verhandlungen der Unterpfandsbehörde ob, und er hatte, wenn er einen Beschluß der letzteren beanstandete, diese aber auf demselben beharrte, denselben dem Amtsgerichte zur Entscheidung vorzulegen (art. 5 und 7 des Gesetzes cit.). Demgemäß hatte Kläger als Pfandhilfsbeamter neben der Verantwortlichkeit eines Mitglieds der Unterpfandsbehörde zugleich die in der bezeichneten Weise näher bestimmte Verantwortung eines Vertreters des Ratschreibers (art. 11 des Ges. cit. und a. 36 des Pfandentw.Ges.).

2. Kläger hat bei der fraglichen Pfandbestellung im Einklang mit dieser seiner Aufgabe als Pfandhilfsbeamter nach der vom Kläger insoweit nicht widersprochenen Angabe der Beklagten, welche auch durch die Aussagen der vernommenen Zeugen, des Schultheißen W., sowie der Gemeinderatsmitglieder M. und H. bestätigt wird, alles mit Einschluß des Pfandscheins bis zur Unterschrift durch die Unterpfandsbehörde vorbereitet und in der Sache Vortrag erstattet, auch hiebei, wie nicht zu bezweifeln, den Inhalt des die nähere Begründung der seinem Vorschlag entsprechend beschlossenen Pfandbestellung enthaltenden Pfandprotokolls zur Kenntnis der Mitglieder der Unterpfandsbehörde gebracht.

In diesem Pfandprotokolle wird zunächst der Antrag des Schuldners R., dem F. für das Anlehen von 3600 M. auf

der im Pfandbuch beschriebenen Liegenschaft ein Pfandrecht (nämlich das I) zu bestellen, aufgeführt, sodann des Näheren bemerkt, daß auf denjenigen Objekten, auf welchen dem F. das Pfandrecht für dieses Darlehen bestellt werden sollte, vier Unterpfänder zu Gunsten der Gläubiger G., F., B. und E. haften, daß für Befriedigung der erstgenannten durch das neue Anlehen und den Erlös verkaufter Pfänder Vorkehrung getroffen sei, daß den von diesem Erlös oder Anlehen verbleibenden Rest von ca. 700 M. der Gläubiger E. auf Rechnung seiner Restforderung von 2400 M. erhalten solle, hienach für E. aufs Neue zu versichern seien 1700 M. mit zweitem Recht auf den Pfändern des F., was die Schuldleute beantragen. Das Protokoll schließt mit den Worten: „Weiter steht der Pfandbestellung gegen F. und E. Nichts im Wege. Daher Beschluß ꝛc.“ (folgt die beschlossene Pfandbestellung und Löschung). Nach diesem Inhalte des vom Kläger in der Pfandsitzung zum Vortrag gebrachten Pfandprotokolls hat derselbe der Unterpfandsbehörde gegenüber die zu Gunsten des F. beantragte Bestellung des I. Pfandrechts, welche auf der schon bisher dem Gläubiger E. verpfändeten Liegenschaft durch das vorgehende Pfandrecht des letzteren ausgeschlossen war, als eine solche bezeichnet, der Nichts im Wege stehe, ohne eine Rechtfertigung dieser Zuläßigkeit im Protokolle auch nur zu versuchen, (Hauptinstruktion § 44), den Mitgliedern der Unterpfandsbehörde den von ihm bis zur Unterschrift entworfenen, auf diese Pfandbestellung gerichteten Beschluß zur Unterzeichnung vorgelegt und dieselben auf diese Weise zur entsprechenden Beschlußfassung veranlaßt. Damit hat Kläger nicht bloß diejenigen Vorschriften, durch welche den Mitgliedern der Unterpfandsbehörde bei jedem zur Verpfändung bestimmten Gegenstande sorgfältige Nachforschung darüber, ob nicht auf diesem Gegenstande bereits Unterpfänder haften, besonders zur Pflicht gemacht ist, hintangesetzt (Pfandges. art. 183 und Hauptinstruktion § 149), sondern auch die dem Pfandhilfsbeamten nach dem Obenbemerkten obliegende besondere Aufgabe, als sachkundiger Berater der Unterpfandsbehörde deren Mitglieder, welchen in der Regel die erforderliche Ge-

setzeskenntnis mangelt, auf das der Bestellung des ersten Pfandrechts an F. im Wege stehende, durch das bisherige Pfandrecht des E. begründete Hindernis aufmerksam zu machen, und falls dasselbe sich nicht beseitigen ließ, die Ablehnung dieser Pfandbestellung herbeizuführen, nicht erfüllt. Dadurch, daß er unterlassen hat, die Mitglieder der Unterpfandsbehörde auf dieses Hindernis der zu Gunsten des F. beantragten Bestellung des I. Pfandrechts hinzuweisen, im Gegenteil diese als keinem Anstande unterliegend dargestellt hat, hat er dieselben in Irrtum über die Rechtsgültigkeit dieser Pfandbestellung versetzt, und sonach schuldhafter Weise bei diesem Beschlusse irre geleitet.

3. Hiebei ist es nicht erheblich, falls wie Kläger geltend macht, der Schuldner R. bei der Verhandlung über diese Pfandbestellung versichert haben sollte, er sei mit E. im Reinen, und falls demselben dies auf des Klägers Aeußerung hin, wenn dies richtig sei, so habe die Pfandbestellung für F. und E. keinen Anstand, Alle geglaubt haben sollten. Denn es fehlt jede thatsächliche Begründung dafür, daß die angebliche Versicherung des R. bei einem der Mitglieder der Unterpfandsbehörde Glauben gefunden habe, es hat im Gegenteil Gemeinderat M. ausdrücklich bezeugt, es sei bekannt, daß R. es mit der Wahrheit nicht genau nehme, es spricht daher schon dieser Umstand dagegen, daß die Mitglieder der Unterpfandsbehörde seiner Versicherung Glauben geschenkt haben. Aber auch wenn dies je der Fall gewesen wäre, so würde hieraus noch keineswegs folgen, daß diese angebliche Versicherung des R. auf den Entschluß der Mitglieder der Unterpfandsbehörde, auf die fragliche Verpfändung einzugehen, bestimmend eingewirkt habe, vielmehr würde auch in diesem Falle den Kläger der Vorwurf treffen, daß er der Versicherung des R. ohne weiteres Glauben geschenkt und infolge davon versäumt habe, die Mitglieder der Unterpfandsbehörde auf das in dem Mangel der Zustimmung des E. liegende Hindernis der fraglichen Verpfändung aufmerksam zu machen, hiedurch aber dieselben in Irrtum über deren Zulässigkeit versetzt und auf diese Weise zur Beschlußfassung veranlaßt habe.

4. Der Kläger hat sich aber bei der Beschlußfassung über die fragliche Pfandbestellung den Mitgliedern der Unterpfandsbehörde gegenüber nicht auf die allgemeine Versicherung, daß derselben Nichts im Wege stehe, beschränkt, vielmehr in Bezug auf die zur Gültigkeit des dem F. eingeräumten I. Pfandrechts notwendige Zustimmung des E. ausdrückliche Erklärungen abgegeben.

Es ist durch die Aussagen der vernommenen Zeugen erwiesen, daß der Kläger bei der Verhandlung der Unterpfandsbehörde nach Verlesung der von E. unter dem 14. April 1881 abgegebenen Zusage mit Rücksicht darauf, daß derselbe anstatt der zu seiner Befriedigung verwendbaren 700 M. den Betrag von 2000 M. verlange, erklärt hat, derselbe bekomme mehr, als er wirklich anzusprechen habe, und noch dazu einen Bürgen und werde ganz zufrieden sein. Derselbe habe II. Recht und müsse sich mit dem neuen Pfandschein begnügen; er werde sehr zufrieden sein mit demselben; er, Kläger, wolle ihn auf seine Kanzlei kommen lassen; und daß hierauf die Mitglieder der Unterpfandsbehörde sich beruhigt und darauf verlassen haben, es werde dem Kläger gelingen, den Gläubiger E. dahin zu bringen, daß er hiemit zufrieden sei.

Nach diesem Hergang hat sich Kläger bei der Beschlußfassung über die in Frage stehende Verpfändung in dem Sinne ausgesprochen, es habe der Gläubiger E., auch wenn er statt der verlangten 2000 M. nur 700 M. erhalte, allen Grund sich mit der beantragten Verpfändung einverstanden zu erklären, er, der Kläger, sei des Einverständnisses desselben ganz sicher, und werde ihn sein Einverständnis noch ausdrücklich auf seiner Kanzlei in O. erklären lassen, und haben die Mitglieder der Unterpfandsbehörde auf diese Versicherung des Klägers dem beantragten Beschlusse zugestimmt. Wenn nun auch der Gläubiger E. mit dieser Pfandbestellung sich nicht einverstanden erklärt hat, so mußten doch den Mitgliedern der Unterpfandsbehörde die Gründe, aus welchen Kläger ihnen dieses Einverständnis als sicher darstellte, einleuchten, und es mußte ihnen diese Einwilligung um so glaubhafter erscheinen, als aus der

ihnen eröffneten Erklärung des E. vom 14. April ersichtlich war, daß Kläger bereits mit letzterem wegen seines Einverständnisses unterhandelt hatte, sie daher bei demselben die Kenntnis von der Willensmeinung des E. voraussetzen durften. Die Versicherung des Klägers war daher geeignet, die Mitglieder der Unterpfandsbehörde in den Irrtum zu versetzen, es sei E. mit der Pfandbestellung in der Weise, daß es nur noch einer Entgegennahme seiner Erklärung bedürfe, einverstanden, oder es stehe doch wenigstens seine Zustimmung in sicherer Aussicht. Man ist hienach im Einklang mit dem angeführten Ergebnisse des Zeugenverhörs zur Annahme berechtigt, daß dieser Irrtum dieselben zu der fraglichen Pfandbestellung veranlaßt habe, und zwar konnten sie sich durch denselben um so leichter zu diesem Beschlusse bestimmen lassen, als sie zu der Erwartung berechtigt waren, Kläger werde, wenn je sich diese Zustimmung nicht bestätigen sollte, den unter Voraussetzung dieser Zustimmung gefaßten Beschluß nach Kräften rückgängig oder wenigstens unschädlich zu machen bestrebt sein. Sind aber dieselben vom Kläger in den bezeichneten Irrtum versetzt und hiedurch zu der fraglichen Pfandbestellung veranlaßt worden, so liegt auch in diesem Verhalten eine schuldhafte Irreleitung seitens des Klägers, dessen Aufgabe als Pfandhilfsbeamter gewesen wäre, die Pfandbestellung zu Gunsten des F. insolange, als nicht eine zustimmende Erklärung des Gläubigers E. zu den Akten gebracht war, zu hintertreiben.

5. Hiegegen kann nicht eingewendet werden, es sei eine Irreleitung der Mitglieder der Unterpfandsbehörde deshalb ausgeschlossen, weil letztere so gut, wie der Kläger, sich haben bewußt sein müssen, daß es eine unsichere Sache sei, ob es dem Kläger gelingen werde, den E. zur Genehmigung der geschehenen Verpfändung zu bewegen. Denn die Irreleitung besteht eben darin, daß die Mitglieder der Unterpfandsbehörde in den Irrtum versetzt waren, als ob das Einverständnis des Gläubigers E. sicher sei, daß sie demgemäß dasselbe als sicher angenommen haben, womit das Bewußtsein, die Herbeiführung des Einverständnisses von E. sei eine unsichere Sache, nicht

vereinbar ist. Wenn aber seitens der Mitglieder der Unterpfandsbehörde im Laufe der Beratung über fragliche Pfandbestellung geäußert wurde, wenn sie nicht einen so zuverlässigen Mann als Pfandhilfsbeamten hätten, so würden sie es nicht thun (nämlich die fragliche Pfandbestellung beschließen), nur bei ihm wollen sie es wagen, so schließt diese Aeußerung, auch wenn man in derselben einen Zweifel über das Einverständnis des E. ausgesprochen finden will., nicht aus, daß dieser Zweifel schließlich infolge der angeführten, von den Zeugen bestätigten Versicherungen des Klägers, insbesondere auch der von H. bezeugten Aeußerung desselben, sie haben hier nichts zu riskieren, beseitigt und die Mitglieder der Unterpfandsbehörde in den Irrtum, als ob die Zustimmung des E. ganz sicher sei, versetzt worden sind.

6. Nach dem Ausgeführten hat Kläger die Beklagten bei dem Beschlusse über das zu Gunsten des F. bestellte Unterpfand schuldhafter Weise irregeleitet, sei es nun dadurch, daß er ihnen gegenüber diese Pfandbestellung, anstatt sie auf das derselben entgegenstehende, in dem Mangel der Zustimmung des E. liegende Hindernis hinzuweisen, als keinem Anstand unterliegend bezeichnete, oder dadurch, daß er ihnen die Zustimmung des E. als ganz sicher darstellte. Den Beklagten stände daher nach art. 232 Abs. 3 des Pfandges., falls sie dem durch diese Pfandbestellung beschädigten Gläubiger F. Ersatz geleistet hätten, der Regreß an den Kläger zu, indem das Gesetz davon ausgeht, daß die Beklagten, statt dem Kläger zu vertrauen, selbst hätten prüfen sollen und deshalb dem Beschädigten gegenüber selbst einzustehen haben, daß aber den Kläger wegen dieser Irreleitung ein überwiegendes Verschulden, welches ihn den Beklagten ersatzpflichtig mache, treffe [1]). Diese Regreßpflicht des Klägers hat zur Folge, daß er, wenn er auch dem Beschädigten F. vollen Ersatz geleistet hat, gleichwohl nicht berechtigt ist, an die Beklagten zu ihrem Anteil seinen Rück-

1) Volley Commentar Bd. 2 S. 568.

griff zu nehmen, weil er das, was er von ihnen einfordert, ihnen sofort wieder zurückgeben müßte.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts vom 9. April 1886 in Sachen des Caspar G. und Genossen c. E.

6.

Regreßklage wegen unrichtiger Ausstellung eines Vermögenszeugnisses.

Die Unterpfandsbehörde zu G. hat der Spar- und Waisenkasse zu B. gegenüber, welche eine Forderung im Wege der Cession erworben hat, ein Zeugnis ausgestellt, daß Schuldner und Bürgen hinlänglich schuldenfreies liegenschaftliches Vermögen haben. Im Zwangsvollstreckungsverfahren erlitt die Spar- und Waisenkasse einen Verlust und es ergab sich, daß weder Schuldner noch Bürgen pfandfreie Liegenschaft besessen hatten. Die Mitglieder der Unterpfandsbehörde sind daher in 1. Instanz zum Ersatz verurteilt und haben sich bei diesem Urteil beruhigt. Der Mitbeklagte B. hatte als Pfandhilfsbeamter unter jenem Zeugnis, jedoch entfernt von den Unterschriften der Gemeinderäte, die Worte beigesetzt: „gesehen B.". Durch das erstrichterliche Urteil war derselbe gleichfalls zum Ersatz verurteilt. Die hiegegen erhobene Berufung wurde für begründet erachtet.

Gründe.

Der angestellten Regreßklage liegt die Behauptung zu Grunde, daß die Mitglieder der Unterpfandsbehörde G. in dieser ihrer amtlichen Eigenschaft wider besseres Wissen, jedenfalls unter fahrlässiger Verletzung ihrer Amtspflicht, gegenüber der Klägerin die unwahre Beurkundung abgegeben haben, daß Schuldner und Bürgen der an die Klägerin abgetretenen Forderung zur Deckung der Schuld hinlänglich schuldenfreies liegenschaftliches Vermögen besitzen.

Diese Klagebegründung kann, soweit sie sich gegen die Person des Mitbeklagten B., des jetzigen Berufungsklägers,

in seiner Eigenschaft als damaligen Hilfsbeamten der genannten Unterpfandsbehörde richtet, nicht als zutreffend anerkannt werden. Mag nämlich auch, was hier dahingestellt bleiben kann, anzunehmen sein, daß wirklich die fragliche Beurkundung, wie sie in Ziffer 7 des Beschlusses vom 1. März 1881 niedergelegt ist, der Wahrheit nicht entsprach, so ist doch gegenüber dem Pfandhilfsbeamten weder nach Form noch nach Inhalt der von ihm abgegebenen Erklärung die Annahme berechtigt, daß auch er an jener falschen Beurkundung in einer seine Mitverantwortlichkeit begründenden Weise sich beteiligt habe.

Bleibt man zunächst bei dem Wortsinn der Erklärung stehen, welche der Berufungskläger durch den von ihm beigesetzten Vermerk „Gesehen" abgegeben hat, so kann diese Bemerkung zumal im Hinblick auf die Sonderstellung, welche sie gegenüber den Unterschriften des Kollegiums auch äußerlich einnimmt, zunächst nur soviel bedeuten, daß der Pfandhilfsbeamte den Beschluß des Kollegiums als solchen zu seiner Kenntnis genommen habe. Eine weitergehende Auslegung in dem Sinne, daß er die Erklärung des Kollegiums auch materiell zu seiner eigenen machen und für deren Richtigkeit auch die ihm selbst zustehende publica fides einsetzen wolle, ist jedenfalls aus dem Wortlaut nicht zu begründen. An sich ist vielmehr die Erklärung des Hilfsbeamten in Absicht auf den materiellen Inhalt der gemeinderätlichen Erklärung durchaus indifferent, indem sie äußerlich weder einen Widerspruch gegen die Richtigkeit des dort Bezeugten, noch aber auch eine Bestätigung desselben zu erkennen gibt.

Es ist nun allerdings zuzugeben, daß diese nächstliegende Auslegung den wirklichen Sinn der abgegebenen Erklärung nicht vollständig erschöpft.

Erwägt man vielmehr die Umstände, unter welchen die Erklärung erfolgte, und die Stellung, welche der Erklärende zu dem beschließenden Kollegium und zu dem Beschlusse selbst einnahm, so gewinnt jene Bemerkung offenbar eine über den formalen Wortsinn hinausgehende materielle Bedeutung. Im Hinblick auf die Amtsstellung des Berufungsklägers und die

ihm obliegende Amtspflicht durfte ohne Zweifel die Klägerin bei Entgegennahme und Prüfung der Urkunde davon ausgehen, daß derselbe jedenfalls dann, wenn ihm die Unwahrheit der dort bezeugten Thatsachen bekannt gewesen wäre, sich nicht auf den vorbehaltslosen Zusatz „Gesehen" beschränken durfte, sondern in diesem Fall offen mit Bekundung seines Widerspruchs hervortreten mußte. Durfte hienach die Erklärung des Beklagten B. jedenfalls dahin verstanden werden, daß ihm eine Einwendung gegen die Richtigkeit der bezeugten Thatsache nicht bekannt sei, so ergibt sich damit zunächst die Erheblichkeit des von der Klägerin in erster Linie aufgestellten Klagegrundes, welcher auf der Behauptung beruht, daß der Berufungskläger bei seiner Unterschrift die Unwahrheit der in Ziff. 7 über den Vermögensbesitz von Schuldner und Bürgen bekundeten Thatsachen gekannt habe. Allein thatsächlich ist die diesem Angriff zu Grunde liegende Voraussetzung, nämlich die behauptete Kenntnis des Berufungsklägers von der Unwahrheit des Zeugnisses nicht bloß unerwiesen, sondern offenbar unbegründet. — Dies wird des Näheren ausgeführt und fortgefahren:

Ist hienach dieser erste Klagegrund hinfällig, so kommt hinsichtlich der weiteren Klagebegründung folgendes in Betracht:

Es ist schon oben ausgeführt worden, daß in dem Vermerk „Gesehen" zunächst nur die Erklärung gefunden werden kann, daß dem Pfandhilfsbeamten eine Einwendung gegen die Richtigkeit der von ihm zur Kenntnis genommenen gemeinderätlichen Beurkundung nicht bekannt sei. Soweit es sich daher in dieser Beurkundung um solche Thatsachen handelte, welche der Hilfsbeamte, weil er amtlich mit solchen gar nicht befaßt war, auch nicht zu kennen brauchte, durfte seine Erklärung auch nicht ohne weiteres als objektive Bestätigung der Wahrheit dieser Thatsachen aufgefaßt werden; wogegen eine andere Erwägung allerdings bezüglich solcher Punkte platzzugreifen hat, über welche der Beamte kraft seines Amtes unterrichtet sein mußte. Liegt hienach die Frage vor, inwieweit nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften die Erwartung begründet

war, daß der Pfandhilfsbeamte eine materielle Prüfung über die dem Kollegium vorgelegten Fragen angestellt und eigene Kenntnis sich verschafft haben werde, so ist davon auszugehen, daß damals die Unterpfandsbehörde als solche lediglich mit dem Antrag der Klägerin auf Eintragung der Cession der von ihr erworbenen Forderung befaßt war. Die Thätigkeit der Unterpfandsbehörde hat in Fällen dieser Art nur darin zu bestehen, daß nach Benachrichtigung des Schuldners über die erfolgte Abtretung (Hauptinstruktion § 219) der Vorstand der Unterpfandsbehörde die Eintragung der Cession anordnet, und daß hierauf gemäß der allgemeinen Vorschrift von Artikel 151 Pfandges. die Beteiligten von der geschehenen Eintragung in Kenntnis gesetzt werden. Auf diese Funktionen beschränkt sich die Obliegenheit der Unterpfandsbehörde; alles weitere fällt außerhalb des Kreises ihrer amtlichen Pflichten. Demgemäß hatte auch im vorliegenden Fall die Unterpfandsbehörde, wenn sie überhaupt, wozu sie nicht verpflichtet war, sich kollegialisch mit der Sache befassen wollte, nach erfolgter Eintragung der Cession nur noch für entsprechende Benachrichtigung der Beteiligten Sorge zu tragen; und es ist denn auch diese Benachrichtigung in Ziffer 5 der Urkunde thatsächlich erfolgt. Dagegen war die Unterpfandsbehörde als solche gegebenen Falls weder verpflichtet noch berufen, auch noch über den Besitz der mehreren Schuldner an schuldenfreier Liegenschaft eine Aeußerung abzugeben. Die Ausstellung solcher Vermögenszeugnisse mochte dem Gemeinderat als der lokalen Verwaltungsbehörde anheimfallen; aber den Wirkungskreis der Unterpfandsbehörde als solcher berührte sie nicht. Ebendeshalb war auch der Pfandhilfsbeamte, der ja nur zur Mitwirkung in Unterpfandssachen berufen ist, mit dieser Beschlußnahme des Kollegiums amtlich nur insoferne befaßt, als er, nachdem einmal der Beschluß unter dem Namen der „Unterpfandsbehörde" gefaßt war, in seiner Eigenschaft als Aktuar denselben zur Kenntnis zu nehmen und zur Vollziehung weiter zu befördern hatte. Dagegen hatte er, da es sich diesbezüglich um

eine Unterpfandssache nicht handelte, weder die Verpflichtung, die Beratung des Kollegiums über diesen Gegenstand durch Einsicht der öffentlichen Bücher vorzubereiten, noch auch nachher den gefaßten Beschluß auf dessen Richtigkeit zu kontrollieren; er durfte sich darauf beschränken, den Beschluß zur Kenntnis zu nehmen und den Beteiligten weiterzugeben. Diese Stellung des Beamten findet denn auch thatsächlich ihren korrekten Ausdruck in der offenbar absichtlichen Sonderstellung seiner Unterschrift mit dem selbständigen Vermerk „Gesehen". Offenbar mußte auch der Klägerin, wenn sie, wie vorauszusetzen, mit Aufmerksamkeit die Urkunde geprüft hat, auffällig sein, daß der Hilfsbeamte in einer auch nach außen erkennbaren Weise sich bemüht hatte, die unbeschränkte Solidarität für den Beschluß des Kollegiums von sich abzuweisen; sie mußte sich ferner sagen, daß der Inhalt des Beschlusses Gegenstände umfasse, bezüglich deren der Hilfsbeamte zur Teilnahme an der Beschlußfassung nicht verpflichtet war. Unter diesen Umständen mußte ihr die Frage, ob derselbe gleichwohl auch in Bezug auf Beschlüsse dieser *letzteren* Art ohne weiteres als zustimmend gelten wollte und müsse, als eine mindestens *zweifelhafte* erscheinen. Wenn sie daher, wie sie behauptet, gerade auf die Unterschrift des Hilfsbeamten ein maßgebendes Gewicht legte, so wäre es ihre Sache gewesen, sich zunächst durch direkte Anfrage über die Bedeutung eines nach seinem Wortlaut so allgemeinen Ausdrucks authentische Aufklärung zu verschaffen; und sie hat, wenn sie dies unterlassen hat, nicht das Recht, für die hiedurch eingetretene Irrung den Beamten verantwortlich zu machen.

Dem Ausgeführten zufolge ist ein Verschulden des Berufungsklägers weder in dem Sinne, daß er selbst an einer falschen Beurkundung teilgenommen und solche unmittelbar mitbewirkt hätte, noch auch in dem Sinne, daß er wenigstens den Glauben, er wolle die Beurkundung der Unterpfandsbehörde auch seinerseits mitvertreten, bei Dritten schuldhaft erregt hätte, nachzuweisen; und es war hienach, da der Klagegrund

sich als hinfällig erweist, die Klage, soweit sie gegen den Mitbeklagten B. gerichtet war, abzuweisen.

Urteil des 2. Senats des O.L.Gerichts vom 25. Oktober 1888 in Sachen B. c. Spar- und Waisenkasse B.

7.

Haftung eines Gemeindebeamten für Verschuldung.

Bei Genehmigung des Neubaus des Klägers wurde vorgeschrieben, die Höhenlage des Sockels über dem Meere dürfe das Maß von 284,5 Meter nicht übersteigen. Der Beklagte, welcher als städtischer Geometer fungierte, bezeichnete, indem er einen Strich in das Schnurgerüste einschnitt, als zulässige Höhenlage des Sockels einen Punkt, der in Wirklichkeit um 0,88 Meter tiefer lag. Nachdem der Sockel fertig war, wurde der Fehler entdeckt; und es mußte, um dem Gebäude die richtige Höhenlage zu geben, auf dem Sockel eine Gurte von Backsteingemäuer errichtet werden. Den hiedurch verursachten Mehraufwand verlangt der Kläger von dem Beklagten ersetzt. Die Klage wurde in zweiter Instanz abgewiesen.

Die Begründung, daß der Beklagte in amtlicher Eigenschaft gehandelt habe, und daß ihn eine Verschuldung bei Bestimmung der Höhenlage treffe, welche auf die Instruktion für den städtischen Obergeometer gestützt wurde, interessiert hier nicht weiter. Auf Grund dieser Annahme wurde ausgeführt:

Der Beklagte hat nicht als Privatmann aus bloßer Gefälligkeit gehandelt, in welchem Falle er nur für dolus haftbar wäre [1]), sondern er hat in seiner Eigenschaft als Gemeindebeamter die Bestimmung der Höhenlage vorgenommen.

Verwaltungsbeamte, auch Gemeindebeamte sind, wenn durch dolose oder kulpose Diensthandlungen derselben Jemand in Schaden gebracht ist, dem Beschädigten zum Ersatze ver-

1) Sintenis, Pand. B. II. S. 691 § 119 Note 2.

pflichtet [1]). Und zwar haften dieselben auch wegen culpa levis [2]).

Selbst wenn der Beklagte eine amtliche Verpflichtung, die Höhenlage des Sockels am Schnurgerüste zu bezeichnen, nicht gehabt haben sollte, so könnte ihn dies von der Haftung nicht befreien, weil er jedenfalls in seiner amtlichen Eigenschaft die Höhenbestimmung vorgenommen und dies dem Bauenden, beziehungsweise dessen Architekten kund gegeben hat. Da den Beklagten bei dieser Höhenbestimmung ein Verschulden trifft — weil er nicht gemäß seiner Instruktion gehandelt hat, — so wäre derselbe für den Schaden haftbar.

Die Einrede des Beklagten, daß der Nachteil von der klägerischen Partei durch gehörige Sorgfalt hätte vermieden werden können, führt jedoch zur Abweisung der Klage.

Kann derjenige, dem kulposer Weise eine unrichtige amtliche Auskunft erteilt ist, bei Anwendung gehöriger Aufmerksamkeit die Unrichtigkeit der Auskunft erkennen, so ist, wenn er gleichwohl diese Auskunft bei seinen Handlungen als maßgebend zugrunde legt, der ihm zugehende Schaden nicht sowohl eine Folge der unrichtigen Auskunft, als der eigenen Nachlässigkeit. Der vom Kläger mit der Leitung seines Bauwesens beauftragte Architekt hätte aber bei Anwendung gehöriger Sorgfalt den Fehler in der Höhebestimmung des Beklagten entdecken müssen. Der Bauleitung lag ob, für eine dem Bauplan entsprechende Ausführung des Bauwesens zu sorgen, und sie durfte sich nicht blindlings auf die vom Beklagten gegebene Bezeichnung der Maximalhöhe für die Sockellage verlassen. Die Bauleitung ließ es in dieser Beziehung aber an der nötigen Sorgfalt fehlen, — was aus den Zeugenaussagen nachgewiesen wird, wonach schon vor Inangriffnahme und Fertigstellung des Sockels bei den an dem Bau beteiligten

1) Seuffert, Pand. § 425; Seuffert, Archiv Bd. 20 Nr. 38; Bd. 21 Nr. 57.

2) l. 6 D. 50, 8 de admin. rer. ad civ. pert. u. l. 4 D. de magistr. conven. 27, 8.

Personen erhebliche Zweifel über die Richtigkeit der Höhenlage hervorgetreten sind.

Dieses Verschulden der Bauleitung schadet aber dem Kläger selbst. Denn der mit der Bauleitung beauftragte Architekt war nach der Natur der Sache ermächtigt und beauftragt, an der Stelle des Bauherrn Alles vorzukehren, was zur Ausführung des Bauplanes erforderlich erscheinen würde (mag man das Rechtsverhältnis zwischen dem Bauherrn und dem Architekten als Dienstmiete prädizieren oder nicht). Dies gilt insbesondere bezüglich der dem Gebäude bauplanmäßig zu gebenden Höhenlage, welche wegen der Bestimmung des Gebäudes (für Maler-Ateliers) von besonderer Bedeutung war. Die Unterlassungen des Architekten in dieser Beziehung hat sich der Kläger anrechnen zu lassen.

Es ist zwar nach gemeinem und württembergischen Rechte als richtig zuzugeben, daß der Auftraggeber für den durch die Schuld des Beauftragten gestifteten Schaden nicht ohne Weiteres zu haften und sich dessen Schuld nicht unbedingt wie ein eigenes Versehen anrechnen zu lassen hat. Es wird insbesondere, wenn der Beauftragte durch ein Delikt außerhalb der Grenzen des Mandats einem Dritten einen Schaden zufügt, nur der Thäter, der Beauftragte, dem Beschädigten verpflichtet. Es ist auch unrichtig, daß bei Verträgen, zu deren Erfüllung Mittelspersonen verwendet werden, die Haftung für deren Versehen allgemeine Regel ist. Vielmehr haftet der Prinzipal, wenn ihm durch Verschulden seiner Gehilfen die Erfüllung des Vertrags unmöglich ist, woferne die Zuziehung von Mittelspersonen nach der ausdrücklichen Bestimmung oder im Sinne des Vertrages gestattet war, in der Regel nur dann, wenn ihn eine culpa in eligendo trifft [1]).

Wenn dagegen der mit der Besorgung der Rechtsangelegenheiten des Prinzipals beauftragte Stellvertreter die äußeren Grenzen seiner Vollmacht einhält, so haben die Hand-

1) Vergl. jedoch bezüglich des conductor operis die Entsch. des R.O.H.G. 13 S. 76 und des R.G. 10 S. 168.

lungen, die derselbe für den Prinzipal vornimmt, dieselben Wirkungen, wie wenn der Prinzipal sie vorgenommen hätte, und dasselbe gilt bezüglich der Unterlassungen. Verfährt der Vertreter hiebei ungeschickt oder unzweckmäßig, so treffen die Folgen den Prinzipal, dem allerdings je nach den Umständen die actio mandati directa gegen den Prokurator zusteht. Ein Fall dieser Art liegt vor, und es kann deshalb der Kläger Ersatz des Nachteiles, der durch gehörige Sorgfalt der von ihm mit der Bauleitung beauftragten Personen hätte vermieden werden können, nicht beanspruchen.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts vom 21. Januar 1887 in Sachen Widmann c. Horst.

8.

Haftung eines Richters für Fahrlässigkeit im Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Der Bauer Adam St. hat in seinem Testament vom 27. Juni 1879 unter Ausschluß seiner gesetzlichen Erben seine ledige Haushälterin Katharina B. und sein mit ihr außerehelich erzeugtes Kind zu Erben eingesetzt. Die gesetzlichen Erben haben dieses Testament wegen eines Formfehlers angefochten, und es ist dasselbe rechtskräftig für nichtig erklärt worden, weil das Gericht, vor welchem dasselbe errichtet wurde, nicht nach Vorschrift der Gesetze besetzt war. Demgemäß wurde der Nachlaß an die gesetzlichen Erben des St. verteilt. Die Testamentserben nahmen nun den Richter, welcher die ungenügende Besetzung verschuldet hatte, auf Ersatz des Schadens in Anspruch. In erster und zweiter Instanz wurde der Beklagte zum Ersatz des Schadens verurteilt und es hatte die Revision gegen das Urteil des Oberlandesgerichts keinen Erfolg.

In zweiter Instanz wurde ausgeführt:

I. Die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für die durch Verletzung ihrer Amtspflicht bewirkten Vermögensbeschädigungen ist in Württemberg

durch das Notariatsgesetz vom 14. Juni 1843 Art. 67—75 geregelt und zwar in Art. 74. desselben für die Bezirksrichter dahin bestimmt, daß sie für die ihnen obliegenden Geschäfte der Rechtsfürsorge und für jede diesfällige Versäumnis verantwortlich sind.

Der Sinn dieser Bestimmung ist so allgemein, als ihr Wortlaut besagt. Die Bezirksrichter sind als verantwortlich bezeichnet „für die ihnen obliegenden Geschäfte der Rechtsfürsorge" d. h. für alle diese Geschäfte; eine Beschränkung dieser Bestimmung auf die das Inventur-Teilungs- und Vormundschaftswesen betreffenden Geschäfte stünde im Widerspruch nicht bloß mit dem klaren Wortlaut der Bestimmung, sondern auch mit dem Sinn derselben, wie er aus ihrem Zusammenhang und aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes sich ergibt.

Der in der Württ. Rechtssprache übliche, in Art. 15 Abs. 1. 2 und Art. 75 des Notariatsgesetzes gebrauchte Ausdruck „Inventur-Teilungs- und Vormundschaftswesen" ist zwar hervorgegangen aus dem Geschäftskreis der Waisengerichte und dem diesem entsprechenden Geschäftskreis des späteren Tutelarrats; es ist aber durch denselben (wie auch schon die Unbestimmtheit des Wortes „Wesen" es andeutet) eine genaue Umgrenzung des Geschäftskreises nicht gegeben, vielmehr sind nur die wesentlichen Gruppen der jenen Behörden obliegenden Geschäfte im großen und ganzen zusammengefaßt, um sie von andern Geschäftsgruppen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, z. B. vom Unterpfandswesen, von der Vertragsbestätigung u. s. w. im allgemeinen zu unterscheiden; daß die Grenzen der Zuständigkeit durch jene Ausdrucksweise nicht genau bestimmt sind, noch auch genau bestimmt werden wollten, hat insbesondere auch die bei Beratung des Notariatsgesetzes in der Abgeordnetenkammer zu Art. 16 des Entwurfs (Art. 15 des Gesetzes) stattgehabte Erörterung ergeben [1]). Es stünde sonach nichts im

1) Zu vergl. Verhandlungen der Kammer der Abg. von 1840—43 Bd. 9, das Protokoll der 116ten Sitzung vom 15. Juni 1842, S. 22 bis 25, die Aeußerungen einerseits des Staatsrats von Prieser (S. 22),

Wege, auch die Errichtung, beziehungsweise Solennisation gerichtlicher Testamente im weiteren Sinn beizuzählen und deshalb den Art. 74 des Notariatsgesetzes auf das Geschäft der Testamentserrichtung vor dem Bezirksgericht selbst dann anzuwenden, wenn dieser Artikel nicht sämtliche den Bezirksgerichten obliegenden Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern nur die das Inventur-Teilungs- und Vormundschaftswesen betreffenden im Auge haben sollte.

Uebrigens ist die dem Wortlaut dieses Artikels entsprechende allgemeinere Auffassung desselben schon durch den Zweck und Gegenstand des Notariatsgesetzes geboten. Dasselbe bezeichnet in seinen Eingangsworten seinen Zweck dahin, „die gesetzlichen Vorschriften über das Notariatswesen einer sorgfältigen Durchsicht zu unterwerfen"; das „Notariatswesen" aber umfaßt alle den Notaren obliegenden Amtsgeschäfte, und diese sind keineswegs auf Inventur-Teilungs- und Vormundschaftssachen beschränkt, umfassen vielmehr auch die Verrichtungen der gemeinrechtlichen Notare (Urkundenerrichtung und Beglaubigung: Artikel 9. 50. 59), sowie öffentliche Verwaltungsgeschäfte: Art. 64. 65. 66; zudem enthält das Notariatsgesetz auch eine Reihe anderer, das Notariatswesen nicht berührender, Bestimmungen, so: über Offenbarungseid, Testamentseröffnung, Adoptionen und Einkindschaftsverträge (Art. 23. 46. 48. 49) und insbesondere auch über die Gerichtsbesetzung bei Errichtung von gerichtlichen Testamenten: Art. 31. Entsprechend diesem umfassenden Inhalt ist auch (im ersten Abschnitt) Organisation und Zuständigkeit der Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit überhaupt und grundsätzlich geregelt: Art. 1 bis 15. Artikel 1 sagt im allgemeinen: „Sämtliche Stadt- und Gemeinderäte sind zu Ausübung der willkürlichen Gerichtsbarkeit in gleichem Maße berechtigt. Diese Berechtigung ist allgemein und umfaßt das ganze Gebiet der Rechtsfürsorge, soweit solche nicht durch ausdrückliche Vorschrift der

andererseits des Pupillenrats Zeitter (S. 22), v. Rümelins (S. 24) und des Präsidenten v. Wächter (S. 24).

Gesetze einer höherer Gerichtsstelle vorbehalten ist." Art. 6 bezeichnet als Geschäftsaufgabe der Gerichts- und Amtsnotare allgemein die Unterstützung der Waisengerichte und Gemeinderäte in Behandlung derjenigen Rechtsgeschäfte, welche besondere Gesetzes- oder Rechtskenntnis erfordern, sowie die Besorgung anderer, im Notariatsgesetz ausgehobener Geschäfte. Artikel 13 sodann weist den Bezirksgerichten neben der Aufsicht über die Verwaltung der willkürlichen Gerichtsbarkeit durch Gemeinderäte, Waisengerichte und Notare auch die unmittelbare Ausübung derselben über die Exemten II. Klasse im ganzen Umfang zu, und außerdem noch einzelne Handlungen der Rechtsfürsorge, welche mit dem Teilungs- und Vormundschaftswesen nicht zusammenhängen. Artikel 15 endlich überträgt den Obergerichten bei Exemten I. Klasse die Besorgung des Inventur-Teilungs- und Vormundschaftswesens und anderer Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Dem entsprechend handelt der V. Abschnitt, Artikel 67—75, „von der Verantwortlichkeit der für die Geschäfte der willkürlichen Gerichtsbarkeit bestimmten Behörden und Personen" überhaupt. Artikel 67 und 68 regeln die Verantwortlichkeit der Waisengerichte, Artikel 69 die der Gemeinderäte, Artikel 72 und 73 die der Notare und ihrer Gehilfen, Artikel 74 endlich diejenige „der höheren Pupillarbehörden", unter welchen aber nicht etwa bloß die Pupillensenate der höheren Gerichte verstanden sind, sondern auch, wie aus Artikel 15 Abs. 3 (Wort: „zuständige Senat") in Verbindung mit den Kammerverhandlungen zu diesem Artikel (zu Art. 16 des Entw.: Verhandlungen der Abgeordnetenkammer von 1841—43 Bd. 9. S. 29—32) unzweifelhaft hervorgeht, deren Civilsenate, sofern auch sie (bei Exemten) für Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit: Vertragsbestätigung, Unterpfandsbestellung, Verschollenheitserklärung und Vermögensausfolgen zuständig sind, sowie auch, nach ausdrücklicher Bestimmung des Artikels, die Bezirksgerichte und Bezirksrichter von diesem Ausdruck mit umfaßt sind. Mit Recht findet sich daher gegenüber der im Entwurf der Vorberatungskommission (Verhdlg. der Abg.kammer

a. a. O. Bd. 16 S. 242 Mitte) vorgeschlagenen Ueberschrift des V. Abschnitts: „Von der Verantwortlichkeit der für die Geschäfte der willkürlichen Gerichtsbarkeit im Inventur-Teilungs- und Vormundschaftswesen bestellten Behörden und Personen" die ursprünglich im revidierten Entwurf des Notariatsgesetzes (a. a. O. S. 39 oben) enthaltene richtigere Ueberschrift: „Von der Verantwortlichkeit der für die Geschäfte der willkürlichen Gerichtsbarkeit bestellten Behörden und Personen" im Gesetz wieder hergestellt, und zwar ohne daß diese Aenderung beantragt, beraten oder nachher von irgend einer Seite beanstandet worden wäre — zum deutlichen Beweis, daß man in ihr allseitig nicht eine sachliche Aenderung, sondern eine bloße Fassungsberichtigung erblickt hat. Im Artikel 75, welcher dem allgemein redenden Art. 74 mit den Worten „im Uebrigen" angeschlossen ist, sind die näheren Bestimmungen des Pfandgesetzes Artikel 225. 234. 238 für anwendbar erklärt „in Absicht auf die Verantwortlichkeit der für die Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Inventur-Teilungs- und Vormundschaftswesen bestellten Behörden und Personen", anscheinend also nicht für alle Behörden und Personen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Allein nach der allgemeinen Ueberschrift des V. Abschnitts, wie nach der besondern Ueberschrift des Art. 75 soll dieser Artikel „allgemeine Bestimmungen über die Verantwortlichkeit" enthalten und aus diesem Grund, wie nach dem systematischen Zusammenhang des V. Abschnitts können die Worte „im Inventur-Teilungs- und Vormundschaftswesen" nur die Bedeutung haben: die hauptsächlichsten Geschäftsgruppen in dem Anwendungsgebiet dieses Artikels hervorzuheben, nicht aber beabsichtigen, sein Anwendungsgebiet ausschließend zu umgrenzen, jedenfalls aber eine Begrenzung nur insoweit enthalten, als sie das vom Notariatsgesetz überhaupt geregelte Gebiet demjenigen Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegenüberstellen, auf welches die angezogenen Bestimmungen des Pfandgesetzes eine analoge Anwendung deshalb nicht finden können, weil sie direkt auf dasselbe anzuwenden sind, nemlich dem Gebiet des Unterpfands-

wesens, sowie auch demjenigen des Exekutionswesens, sofern auch für dieses Gebiet die Verantwortlichkeit der Behörden durch § 97 des Exekutionsgesetzes vom 13. April 1825 (mittels Zulassung analoger Anwendung aller entsprechender Bestimmungen des Pfandgesetzes Art. 223 ff.) bereits endgiltig geregelt war.

Allein selbst wenn die fraglichen Worte des Artikels 75 in dem Sinn gemeint wären: alle andern, als die dem Inventur-Teilungs- und Vormundschaftswesen eigentlich angehörigen Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit auszuschließen, dürfte doch aus der Beschränkung des Bereichs des Artikels 75 nicht rückwärts auf eine ebenmäßige Beschränkung des Gebiets des Artikels 74, dessen klarem Wortlaut zuwider, geschlossen werden; die unmittelbaren Bestimmungen des Artikels 75 selbst aber kommen für den vorliegenden Fall überhaupt nicht in Betracht.

Es ist hienach gerechtfertigt, den Artikel 74 auch auf das Geschäft der Errichtung eines Testaments vor dem Bezirksgericht anzuwenden.

II. In dem angeführten Artikel 74 ist der Bezirksrichter in den ihm obliegenden Geschäften der Rechtsfürsorge verantwortlich erklärt für jede diesfällige Versäumnis nach Maßgabe der für analog anwendbar erklärten Bestimmungen der Artikel 67—72, insbesondere also der Vorschrift des Artikels 67, nach welcher die Waisengerichte „wenn sie die ihnen obliegenden Pflichten absichtlich oder aus Nachlässigkeit hintangesetzt haben" den Beteiligten den ihnen hiedurch zugefügten Schaden zu vergüten haben sollen.

Die Kommission hatte in ihrem Nachtragsbericht (a. a. O. Bd. 16. S. 426) vorgeschlagen, in diesem Artikel (64 des Entwurfs) statt „absichtlich oder aus Nachlässigkeit" zu setzen, „absichtlich oder aus einer ihnen zuzurechnenden Nachlässigkeit" und dies dahin erläutert (Bd. 6 Protokoll der 84. Sitzung S. 41 oben): es solle mit diesen Worten angedeutet werden, daß die Waisengerichte gemäß Artikel 65 des Entwurfs (Artikel 72 des Gesetzes) „für einen gewissen Grad von Rechts-

unkenntnis nicht verantwortlich seien." Auf mehrseitige Erinnerung aber, daß das, was hienach mit den fraglichen Worten bezüglich der Haftung der Waisenrichter gesagt werden wolle, in dem zuvor beratenen Artikel 65 des Entwurfs seine nähere und deutliche Entwicklung gefunden habe, und daß daher jene Worte überflüssig und nichtssagend seien (S. 47), insbesondere auf die Bemerkung des Präsidenten v. Wächter „allerdings ist das Wort überflüssig, denn es versteht sich von selbst, daß man nur für solche Nachlässigkeiten haften kann, welche zurechenbar sind" (S. 48), wurde im Einverständnis mit dem Berichterstatter der Kommission beschlossen, die Worte „ihnen zuzurechnenden" als überflüssig wegzulassen und damit den Artikel anzunehmen (a. a. O. S. 48). Durch diesen Vorgang ist außer Zweifel gestellt, daß die in Artikel 67 genannte Verletzung der obliegenden Pflichten, welche „absichtlich oder aus Nachlässigkeit" geschehen ist, ein jedes überhaupt zurechenbare Verschulden, somit jeden Grad von Nachlässigkeit, auch die geringe, bedeutet, daß sonach in Artikel 74 die Worte „jede Versäumnis" gleichbedeutend sind mit „jedem Versehen".

Dafür, daß Artikel 74 in diesem unbeschränkten Sinne auszulegen sei, spricht außerdem auch der Umstand, daß solche strenge Haftbarkeit der Rechtspolizeibehörden im Einklang steht mit der dem Notariatsgesetz vorangegangenen württembergischen Gesetzgebung; so bestimmt die K. Verordnung „betreffend die Behandlung der Geschäfte der willkürlichen Gerichtsbarkeit in denjenigen Oberamtsorten, welche keine ordentlichen Gerichte haben" vom 19. Juni 1808 § 5 Abs. 2 (Reg.Bl. S. 322): „Würde ein Ortsmagistrat bei Erkennung über einen Kontrakt Anstände finden, so hat er die Sache dem ihm vorgesetzten Oberamts- oder Stadtgericht vorzulegen und dessen Bescheid hierüber abzuwarten. Sollten aber durch eine schuldbare Nachlässigkeit die Interessenten in Nachteil versetzt worden sein, so werden die Schuldhaften zum Schadensersatz angehalten werden." Für die Notare hatte schon die Notariatsordnung vom 25. Oktober 1808 § 36 (Reg.Bl. S. 566) bestimmt: „Die Notarien sind verbunden, für jeden durch ihre

Nachlässigkeit den Parteien zugefügten Nachteil zu haften" und das Notariatsedikt vom 18. August 1819 § 6 (Reg.Bl. S. 563) für die Verantwortlichkeit der Waisengerichte verfügt: „für die dem Waisengericht übertragenen Geschäfte der willkürlichen Gerichtsbarkeit ist zunächst das Waisengericht, der Gemeinderat aber nur insoweit verantwortlich, als ihn selbst ein gegründeter Vorwurf trifft. Diejenigen Mitglieder der einen oder andern Behörde, welchen für ihre Person weder eine Mitwirkung noch eine Versäumnis zur Last fällt, können die Verantwortlichkeit nicht teilen." — Auch das Pfandgesetz hatte in Artikel 223 ff. die Unterpfandsbehörde für schadensersatzpflichtig erklärt, wenn sie die ihr rücksichtlich des Unterpfandswesens obliegenden Pflichten absichtlich oder aus Nachlässigkeit hintangesetzt hat", worunter zweifellos jede Nachlässigkeit zu verstehen ist [1]), und diese Bestimmung war durch Art. 97 des Exekutionsgesetzes auch auf die Verantwortlichkeit der Exekutionsbehörden für analog anwendbar erklärt worden.

III. Nach der Vorschrift des Württ. Landrechts Teil III. Titel 3 §. 5 hat derjenige, welcher sein Testament zwar geheimhalten, aber gleichwohl vor Gericht errichten will, die (in bestimmter Weise abgefaßte) Testamentsurkunde verschlossen „vor ein gesessen Gericht" zu bringen, und dabei anzuzeigen, daß er sein Testament in diesem verschlossenen Brief verfaßt habe, mit angehängter Bitte, denselben hinter einem Gericht bis nach seinem Tod zu verwahren und alsdann gebührlich zu öffnen und zu vollziehen." „Darauf" — so ist in § 6 weiter bestimmt — „sollen unsere Amtsleut und Gericht mit gleicher Erinnerung, wie bei vorgehender Form gesetzt ist (Befragung des Testierers nach seiner Willensfreiheit), handeln und alsbald die Antwort des Testierers auf die Testamentsurkunde oder in eine besondere Urkunde verzeichnen" und das Testament in diese letztere Urkunde einschließen und versiegeln. Demnach hat, was hier verordnet ist, vor dem ge-

1) Mayer, Comm. II. S. 309, Lang, Perf. R. §. 104 Note 1, s. jedoch Lang, Sachenrecht II. S. 430.



sessenen Gericht, beziehungsweise von diesem, zu geschehen d. i. von dem Gericht in derjenigen Besetzung desselben, welche für die Fällung eines Richterspruchs erfordert wird, mithin, gemäß der am 28. Juni 1879 in Württemberg zu Recht bestehenden Gerichtsverfassung [1]) — in Gegenwart des Oberamtsrichters, des Justizassessors und dreier Schöffen.

Nach den in Vollziehung des letztgenannten Gesetzes vom 5. Februar 1869 ergangenen Dienstvorschriften für die Oberamtsgerichte §. 1 Abs. 5 liegt dem Oberamtsrichter, als dem Vorstand des Oberamtsgerichts, die Anordnung und Leitung der Gerichtssitzungen, sowie die Bestimmung der zu denselben berufenen Gerichtsmitglieder ob. Es war deshalb Obliegenheit des Beklagten, durch Berufung der erforderlichen Zahl von Schöffen neben dem Justizassessor das Oberamtsgericht zwecks Vornahme der Errichtung des von Adam St. verschlossen übergebenen Testaments gehörig zu besetzen und hat Beklagter durch Unterlassung dieser Berufung und die infolge hievon unvollständige Besetzung der Gerichtsbank seine Amtspflicht verletzt. Denn es ist erwiesen, daß am 28. Juni 1879 dem Akt der Uebergabe des von Adam St. dem Oberamtsgericht N. überreichten Testaments Schöffen nicht angewohnt haben.

IV. Liegt hienach der Beweis einer dem Beklagten zuzurechnenden Verletzung der ihm als Bezirksrichter auferlegten Amtspflicht vor, so ist nach dem in Ziffer II Ausgeführten nicht mehr zu erörtern, ob diese Verletzung als ein grobes oder als ein leichtes Versehen im Sinn des gemeinen Rechts anzusehen ist. Die Folge dieses Versehens ist die im mehrerwähnten Artikel 74 des Notariatsgesetzes vorgezeichnete: der

1) IV. Organisations-Edikt vom 31. Dezbr. 1818 § 61. 194. 191 Nr. 3 und dazu: Erlaß des Civilsenats des Obertribunals vom 8 Aug. 1823 (I. Ergänzungsband zum Reg.Bl. S. 78); abgeändert durch das Württ. Ger.Verf.Ges. v. 13. März 1868 Art. 7 Abs. 2 und dazu: Verhandlung der Kammer der Abg. von 1866—68 II. Protokollband S. 1000 u. 1003.

Beklagte ist zum Ersatz „des hiedurch den Beteiligten erwachsenen Schadens“ verpflichtet.

V. In dem in Artikel 74 des Notariatsgesetzes angezogenen Artikel 67 desselben ist die Schadensersatzpflicht des seine Amtspflichten hintansetzenden Waisengerichts (übereinstimmend mit der Fassung des Artikels 223 des Pfandgesetzes) dahin bestimmt, daß dasselbe „den Beteiligten den ihnen hierdurch zugefügten Schaden zu vergüten habe.“ In den Worten „den Beteiligten“ findet Beklagter eine Einschränkung der gesetzlichen Haftpflicht des Beamten dahin, daß derselbe nur denjenigen haftbar sei, auf deren Antrag er thätig zu werden oder in deren Interesse er von Amtswegen zu handeln habe. Allein mit Unrecht. Selbst wenn es in der Absicht des Gesetzgebers gelegen gewesen wäre, mit jenen Worten eine Schranke aufzurichten, wäre eine solche in Wahrheit nicht gegeben. Es mag sein, daß ein Gesetz, welches den Beamten für Pflichtverletzungen haftbar erklärt gegenüber „den Parteien“, hiedurch beabsichtigt und es erreicht, die Verantwortlichkeit des Beamten zu beschränken auf die Haftpflicht gegenüber denjenigen, welche vor ihm gehandelt oder sein Handeln beantragt haben; der Ausdruck „Beteiligte“ aber ist weit allgemeiner und so dehnbar, daß er in der That auf alle Verhältnisse Anwendung leidet, in welche der Beamte durch seine Pflichtwidrigkeit zu Anderen treten kann. Dem gemeinen Sprachgebrauch widerstrebt es nicht, als bei einer amtlichen Handlung „beteiligt“ jedweden anzusehen, dem im Falle ihrer Unterlassung ein Schaden droht, dessen Interesse also es fordert, daß die Amtspflicht erfüllt werde; jeder auf diese Weise an der Amtshandlung Interessierte ist ein solcher „in dessen Interesse der Beamte von Amtswegen thätig zu werden hat“, mithin, nach der vom Beklagten selbst gegebenen Erklärung dieses Worts, ein Beteiligter im Sinne des Artikels 67. Was insbesondere die Pflicht zur Wahrung der Geschäftsformen bei gerichtlicher Errichtung von Testamenten betrifft, so läßt sich nicht behaupten, daß an der Einhaltung dieser Formen, also an der Giltigkeit des Testaments, nur derjenige beteiligt sei,

der seine Erbschaft einem Andern zuwenden will (der Testator), nicht aber auch derjenige, dem sie zugewendet werden soll (der einzusetzende Erbe); mit gleichem Recht ließe sich sagen, daß an gehöriger Eintragung einer großen Schenkung nur der Schenkgeber oder Antragsteller beteiligt sei, nicht auch der Beschenkte. — Mit Recht hat denn auch Artikel 72 Absatz 2 des Notariatsgesetzes bezüglich „der Beobachtung der vorgeschriebenen Geschäftsformen“ den Notarien „die Verantwortlichkeit“ schlechthin auferlegt ohne irgend eine Beschränkung hinsichtlich des Kreises der Beteiligten oder Berechtigten anzudeuten.

VI. Die Bestimmungen des V. Abschnitts des Notariatsgesetzes sind auf der Grundlage des gemeinen Rechts erwachsen und setzen dasselbe als bestehend voraus; die gemeinrechtlichen Grundsätze über Verpflichtung zum Schadensersatz sind deshalb auch auf die hier in Frage stehende Ersatzpflicht der Beamten der Rechtsfürsorge anwendbar, soweit sie nicht durch die angeführten oder andere Bestimmungen des württembergischen Rechts abgeändert oder aufgehoben sind; insbesondere ist in Artikel 67 mit den Worten „den diesen h i e d u r c h zugefügten Schaden“ Bezug genommen auf die allgemeinen Grundsätze über das Erfordernis des ursächlichen Zusammenhangs zwischen der zum Ersatz verpflichtenden Thatsache und dem eingetretenen schädlichen Erfolg.

Ein solcher Zusammenhang liegt hier vor. Es ist das rechtlich auch sonst als Gewißheit geltende Maß höchster Wahrscheinlichkeit dafür vorhanden, daß die Benachteiligung der Kläger, nemlich die Entziehung der ihnen zugedachten Erbschaft Seitens der gesetzlichen Erben, ohne die in Frage stehende Pflichtwidrigkeit des Beklagten nicht eingetreten sein würde. Denn es ist in der That vernünftigerweise nicht zu bezweifeln, daß wenn der Beklagte zu der Errichtung des fraglichen Testaments 3 Schöffen beigezogen hätte, die Kläger die ihnen in demselben zugewendete Erbschaft erlangt haben würden.

Für die Beurteilung dieser Frage ist nicht etwa das entscheidend, daß zur Zeit der E r r i c h t u n g des Testaments zweifelhaft erscheinen mußte, ob St. seinen letzten Willen nicht

wieder ändern und ob die eingesetzten Erben ihn überleben würden. Vielmehr ist, wenn in Frage steht, ob ein bestimmter Vermögensnachteil als Folge einer rechtswidrigen Handlung dem Handelnden zugerechnet werden könne, der Zeitpunkt ins Auge zu fassen, in welchem der fragliche Nachteil eingetreten und vollendet ist — hier also von dem Zeitpunkt auszugehen, in welchem es, durch rechtskräftige Entscheidung des zwischen den Klägern und den gesetzlichen Erben entstandenen Erbschaftsstreits, gewiß war, daß den Klägern die Erbschaft entzogen, d. h. ihre Antrittserklärung durch die Antrittserklärung der gesetzlichen Erben gegenstandslos geworden sei. Zu dieser Zeit aber war es gewiß, daß der Erblasser bis zu seinem Tod sein Testament nicht geändert, und daß die Kläger seinen Tod überlebt hatten, auch daß sie die Absicht, die fragliche Erbschaft zu erwerben, an den Tag gelegt haben, daß also im Fall der Formgültigkeit des Testaments ihnen die Erbschaft wirklich zugefallen wäre. Für die gegenteilige Annahme besteht freilich eine an sich denkbare, aber sehr weit abliegende, Möglichkeit, nämlich die, daß der Testierer die Absicht gefaßt hätte, sein Testament zu widerrufen und dies nur aus dem Grund unterlassen hätte, weil ihm bekannt geworden, daß dasselbe wegen der Nichtbeiziehung von Schöffen nichtig sei; allein diese bloße durch nichts unterstützte Möglichkeit ist nicht zu beachten, um so weniger, als ihre Berücksichtigung vom Beklagten selbst nicht in Anregung gebracht worden ist.

Sodann ist einleuchtend, daß im vorliegenden Fall der Zusammenhang zwischen der rechtswidrigen Unterlassungshandlung (der Nichtbeiziehung von Schöffen) und dem schädlichen Erfolg (der Nichterlangung der Erbschaft) ein ziemlich unmittelbarer, nicht erst durch zahlreiche Zwischenursachen vermittelter, ist. Wenn also auch der vom Beklagten verteidigten Einschränkung der civilrechtlichen Verantwortlichkeit des Beamten auf eine Haftbarkeit gegenüber den unmittelbar Beteiligten der richtige Gedanke zu Grunde liegen mag, daß solche Haftung nicht ins Ungemessene, nicht auf die allerentferntesten Nachwirkungen seiner Pflichtwidrigkeit ausgedehnt werden dürfe,

so ist doch dafür, wie weit die Reihe der noch zu vertretenden Folgen einer Handlung sich erstrecke, und in welchem Punkt sie abzuschließen sei, ein begriffliches Kennzeichen im positiven Rechte nicht gegeben und überhaupt nicht möglich; diese Bestimmung ist vielmehr lediglich dem durch die Umstände geleiteten Ermessen des Richters anheimzugeben. Für den vorliegenden Fall aber ist unbedenklich zu behaupten, daß, wenn Beklagter verantwortlich gemacht wird dafür, daß den im Testament eingesetzten Erben die Erbschaft nicht zu Teil geworden ist, Beklagter hiemit keineswegs für eine ganz entlegene, denkbarerweise für ihn nicht vorherzusehende Folge seines Verhaltens in Anspruch genommen ist, sofern demjenigen, welcher die gerichtliche Errichtung eines Testaments zu leiten oder vorzunehmen hat, der Gedanke, daß bei Versäumung einer Förmlichkeit das Testament nichtig sein und die Testamentserben dadurch ihrer Erbschaft verlustig gehen könnten, als höchst naheliegender sich von sich selbst aufdrängen muß.

VII. Daß die Unterlassung der Berufung von Schöffen eine gesetzwidrige Handlung des Beklagten war, und daß durch diese gesetzwidrige Handlung den Klägern ein Vermögensvorteil entzogen ist, welchen sie ohne dieselbe erlangt haben würden, ist im bisherigen gezeigt. Zu Begründung einer Schadensersatzverbindlichkeit kann es nun aber nicht genügen, daß dem Geschädigten durch die schädigende Handlung ein thatsächlicher Vermögensvorteil entgangen ist, wofern der Geschädigte ein Recht auf diesen Vorteil nicht gehabt hat; m. a. W.: soll ein Ersatzanspruch entstehen, darf der Geschädigte nicht bloß in seinem Interesse verletzt, er muß auch in seinem Rechte gekränkt sein; der zu Belangende muß durch seine rechtswidrige Handlung nicht bloß gegen die Rechtsordnung verstoßen (das Gesetz übertreten), sondern zugleich auch das subjektive Recht des Geschädigten beeinträchtigt haben [1]). Ein Recht auf die ihnen zugedachte Erbschaft des Adam St. haben nun aber — so scheint es — die Kläger nicht gehabt.

1) Vergl. Seuffert's Archiv. Bd. 5 Nr. 145.

Ein Recht auf die Erbschaft, d. h. das Recht, dieselbe durch den Antritt zu erwerben, erlangt, wie gemeinhin gelehrt wird, der eingesetzte Erbe erst mit dem Anfall der Erbschaft, also erst dann, wenn der Erblasser, ohne die Einsetzung widerrufen zu haben, vor ihm gestorben ist (vorausgesetzt, daß ein besonderes Hindernis des Erwerbs wie: schwebende Bedingung, Erbunfähigkeit und dergl. nicht vorliegt). Zur Zeit der in Frage stehenden Pflichtverletzung des Beklagten also konnte von einem Recht der Kläger auf die Erbschaft in dem angeführten Sinn auch unter der Voraussetzung, daß das Testament vor gehörig besetztem Gericht errichtet war, nicht die Rede sein, auch nicht von einem bedingten Recht derselben; die Auffassung des vorigen Richters, daß der (gültig) Testierende dem eingesetzten Erben „einen durch das Bestehenbleiben des Testaments bis zum Tod des Erblassers bedingten Rechtsanspruch auf die Testamentserbfolge zuwende", der Erbe also schon mit der Errichtung des Testaments vermöge dieser letztwilligen Verfügung des Erblassers zur Erbfolge bedingt berechtigt sei, widerspricht der römisch-rechtlichen Anschauung von der Freiheit des letzten Willens, wonach der letztwillig Verfügende vor seinem Tod dem Bedachten überhaupt nicht, auch nicht bedingt, sich binden will. Aber wie dem sei: auch wenn der eingesetzte Erbe schon durch die Einsetzung ein bedingtes Recht auf den Erbschaftserwerb erlangen sollte, gälte dies doch jedenfalls nur für den formrichtig eingesetzten Erben; im vorliegenden Fall ist es zu einer gültigen Einsetzung gar nicht gekommen, es konnte also durch diese den Klägern auch ein bedingtes Recht nicht verschafft sein; daß ihnen ein solches schon durch die Abfassung der Testamentsurkunde, vor deren förmlicher Errichtung, zugewendet worden wäre, ist selbstverständlich noch weit weniger anzunehmen. Davon also, daß durch das Versehen des Beklagten den Klägern ein Recht auf Erbschaftsantretung, das sie gehabt, entzogen worden sei, kann keine Rede sein, vielmehr kann es sich nur davon handeln, daß durch jenes Versehen die Kläger verhindert wurden, ein Recht auf Antre-

tung der Erbschaft erst zu erwerben, welches sie ohne jenes Versehen zweifelsohne erworben haben würden. Es ist aber ein anerkannter Grundsatz des positiven Rechts, daß der zum Schadensersatz Verpflichtete nicht bloß für die Entziehung eines schon erworbenen Rechts (für positiven Schaden) aufzukommen, sondern auch für die Nichterlangung eines möglichen Rechtserwerbs (für entgangenen Gewinn) zu haften hat, dann nämlich, wenn dieser Erwerb dem Kläger in sicherer Aussicht stand und seine Erlangung vereitelt ist durch die rechtswidrige Handlung oder Unterlassung des Beklagten.

Dieser allgemeine Grundsatz ist im römischen und heutigen gemeinen Recht insbesondere auch in dem Fall anerkannt, daß der Erwerb einer erst in Aussicht stehenden Erbschaft durch Schuld des Belangten vereitelt ist, und zwar nicht bloß, wenn der Erwerb einer bereits a n g e f a l l e n e n Erbschaft vereitelt ist, sondern auch dann, wenn es zum Anfall noch nicht gekommen, die Erbschaft also noch bloße Hoffnung oder Erwartung des mutmaßlichen Erben war.

Im römischen Recht konnte bekanntlich ein Erblasser die Absicht, seine Erbschaft einem andern zuzuwenden, auch in der Weise verwirklichen, daß er einen diesem anderen gehörigen Sklaven zum Erben einsetzte; in diesem Fall bewirkte der vom Eigentümer des Sklaven diesem erteilte Befehl, die Erbschaft anzutreten, daß die Erbschaft selbst sofort dem Eigentümer erworben wurde. War auf diese Weise ein Sklave eingesetzt worden, welcher nur im vermeintlichen Eigentum seines Herrn stand, und hatte der vermeintliche Herr durch seinen Antretungsbefehl den Besitz der Erbschaft erlangt, diese aber, nachdem sich gezeigt, daß der Sklave in Wahrheit einem Dritten gehöre, diesem Dritten (samt dem Sklaven) herausgeben müssen, so war ihm der Erwerb einer Erbschaft vereitelt, welche vom Erblasser allerdings ihm zugedacht und von ihm auch in A u s s i c h t genommen, welche ihm aber, wegen des mangelnden Eigentums am Sklaven, niemals angefallen war, und, eben jenes Mangels wegen, auch nicht anfallen konnte; gleichwohl ist bestimmt, daß ihm der Wert dieser, ihm bloß

zugedacht gewesenen, aber gültig nicht zugewendeten, Erbschaft zu ersetzen sei von demjenigen, welcher schuld daran war, daß es zu einem rechtsgültigen Angebot dieser Erbschaft für ihn nicht gekommen, daß die bloß erhoffte Erbschaft ihm nicht angefallen ist, sonach von demjenigen, welcher den Mangel des Eigentums am Sklaven zu vertreten hat, z. B. von demjenigen, der ihm den Sklaven irrig als den Seinigen verkauft und nun, als Verkäufer, für die Entwehrung des Sklaven aufzukommen und jetzt den Wert nicht bloß des Sklaven, sondern auch den Wert der entgangenen Erbschaft dem Käufer zu ersetzen hat: l. 8 l. 51 § 3 Dig. de evict. 21, 2. Ebenso ist ersatzpflichtig, wer den Erwerb jener Erbschaft (den Antretungsbefehl) durch Tötung des eingesetzten Sklaven vereitelt hat. Solche Erbschaft, obwohl sie dem Besitzer des Sklaven niemals angefallen, nur in Aussicht gestellt war, erscheint gleichwohl vom Standpunkt des Bedachten aus als eine ihm entzogene und ist deshalb in § 10 Inst. (4, 3) als eine von ihm verlorene bezeichnet (v. hereditatis amissae rationem habendam esse constat).

Vorausgesetzt ist hiebei natürlich, daß es ohne jenes Hindernis (des Eigentumsmangels oder der Tötung rc.) zum Anfall der Erbschaft für den Kläger und zum Erwerb derselben von seiner Seite gekommen sein würde, und ist deshalb von jener Ersatzverbindlichkeit z. B. dann keine Rede, wenn der eingesetzte und als fremder entwehrte Sklave noch vor dem Erlasser gestorben war (vgl. l. 25 § 3 Dig. 36, 1). Es war aber, wie gleichfalls die eben angeführte Stelle zeigt, keineswegs erforderlich, daß die Voraussetzungen des Erbschaftsanfalls schon bei Eintritt der zum Ersatz verflichtenden Thatsache (zur Zeit der Eviktion oder der rechtswidrigen Tötung des Sklaven) bereits eingetreten waren, es genügte, wenn sich annehmen ließ, daß sie ohne Dazwischenkunft jener Thatsache später eingetreten sein würden; und zu Bejahung dieser Annahme ward keine absolute Gewißheit gefordert, z. B. die bloße Möglichkeit, daß der Besitzer des Sklaven denselben, auch wenn er nicht getötet oder entwehrt worden wäre, selbst

hätte vor dem Erbanfall veräußern, freilassen, töten, durch Flucht verlieren und dann keinen Antretungsbefehl hätte erteilen können — wird nicht weiter berücksichtigt[1]).

Ist hienach nicht bloß das schon erworbene Recht, sondern schon die Möglichkeit, ein Recht erst zu erwerben, insbesondere eine nur in Aussicht gestellte Erbschaft bei günstigem Ablauf der Ereignisse zu erlangen, wenigstens insofern rechtlich geschützt, daß der diese Möglichkeit schuldhaft Vereitelnde dem in seiner Erwerbshoffnung Getäuschten ersatzpflichtig erklärt ist, so ist eben durch Aufstellung dieser Ersatzpflicht die fragliche Erwerbshoffnung selbst insoweit auch als ein subjektives Recht anerkannt und ist hienach auch dem oben bezeichneten Erfordernis der Schadensklage: daß durch die gesetzwidrige Handlung des Belangten der Geschädigte in einem subjektiven Recht gekränkt, nicht bloß in seinem Interesse verletzt sei, im vorliegenden Falle genügt.

Die in Ziffer V—VII entwickelte Auffassung ist denn auch der gemeinrechtlichen Praxis nicht fremd; vergl. außer der vom vorigen Richter angeführten Entscheidung in Seuffert's Archiv Bd. 27 Nr. 136 auch: Strippelmann „Neue Sammlung der Entscheidungen des Oberappellationsgerichts in Kassel Bd. 3 S. 395 Ziffer 26.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts vom 6. Mai 1887 in Sachen H. c. B.[2]).

1) Vergl. Mommsen, Beiträge Bd. 2 S. 179. 180, insbesondere daselbst die Erklärung der nur scheinbar widersprechenden l. 23 § 2, Dig. 9, 2.

2) Nach Artikel 67 des Notariatsgesetzes soll derjenige, welcher seine Amtspflicht absichtlich oder aus Nachlässigkeit hintansetzt, den Beteiligten, also nicht bloß demjenigen, welcher ihn mit dem Geschäft beauftragt hat, den Schaden zu vergüten verbunden sein. Hat ein Testamentsverfasser seine Amtspflicht in Errichtung des Testaments hintangesetzt, so kann als Beteiligter wohl kaum ein anderer, als der eingesetzte Erbe in Betracht kommen. Dafür, daß in der That die eingesetzten Erben zu den Beteiligten gehören und ihnen der durch die Nichtigkeit des Testaments erwachsene Schaden zu ersetzen ist, kann auf Landrecht Teil I. tit. 6 § 87 Bezug genommen werden. Hier ist verfügt, daß wenn Eheleute oder andere sich eines einhelligen Willens und Gemächts vergleichen und

Das Reichsgericht hat die gegen dieses Urteil erhobene Revision verworfen. Die Gründe besagen: Gerügt werde, es

selbiges verbriefen lassen wollen, die Stadt- oder Amtsschreiber den rechten Unterschied zwischen den letzten Willen und Pakten halten, ein jedes in seiner gebührenden Form verfertigen und solches nicht unter einander vermischen sollen; denn wenn sie zu den Testamenten die Form und Wort der Pakten oder zu den Pakten die Form und Wort der Testamenten gebrauchen, sollen sie den „hierin Vernachteilten" deshalben gebührenden Abtrag zu thun angehalten werden. Hier ist ganz allgemein von den „hierin Vernachteilten" und nicht bloß von den „Testierern" oder „dem mittestierenden Ehegatten", oder „demjenigen, welcher den Stadtschreiber mit der Fertigung des Testaments beauftragt hat", die Rede. Auch aus einer entsprechenden andern Stelle des Landrechts ergibt sich, was unter den „hierin Vernachteilten" zu verstehen ist. Nach Landrecht Teil III. tit. 1 § 2 in fine sollen Stadtschreiber u. s. w., wenn sie den Testierenden zur Aufrichtung des Testaments in der schwereren Form des gemeinen Rechts verleiten und dadurch jemand in Schaden geraten würde, „denjenigen, so hiedurch zu Schaden kommen", den Schaden zu ersetzen verpflichtet sein. Dies ist in der Relation von Eisengrein, s. Ausgabe der Landrechtsakten S. 318, dahin erläutert: der Testamentsverfasser solle gestraft werden, und nichts desto weniger denen, welche um deswillen, weil das Testament nicht mit den nötigen Solennitäten verfertigt, dasjenige, was ihnen in solchem unkräftigen Testament verschafft worden, ermangeln müssen, ihre Forderung gegen den ungeschickten Stadtschreiber des hiedurch verursachten Schadens halber vorbehalten sein.

Was die erstere Stelle — Landrecht I. tit. 6 § 87 — betrifft, so wird kaum die Einwendung zu erwarten sein, die Vorschrift beziehe sich nur auf den Fall, wenn Ehegatten oder andere ein gemeinschaftliches Testament errichten wollen; denn es wird schwerlich ein Grund gefunden werden können, warum diejenigen, welche von den Ehegatten in einem gemeinschaftlichen durch Schuld des Testaments-Verfassers nichtigen Testament eingesetzt sind, gegen den letzteren einen Ersatzanspruch haben sollen, diejenigen aber nicht, welche in einem von einem Ehegatten allein errichteten nichtigen Testament bedacht sind. Indem ferner der Gesetzgeber so allgemein von den hierin Vernachteilten sprach, konnte er dabei nicht übersehen, daß in gemeinschaftlichen Testamenten der Ehegatten nicht bloß der andere Ehegatte, sondern auch die gemeinschaftlichen Verwandten bedacht zu werden pflegen. Es ist hier bei Gelegenheit eines besonders hervorgehobenen Falls auf diesen ein allgemeinerer Grundsatz angewendet.

Das Gleiche gilt hinsichtlich Landrecht Teil III. tit. 1 § 2. Hier wird den Dorfgerichtsschreibern und Schulmeistern verboten, sich der Errichtung von Testamenten nach der gemeinrechtlichen Form zu unterziehen,

sei verkannt, daß nach gemeinem Recht in außerkontraktlichen Verhältnissen eine Verpflichtung zum Ersatz verursachten Scha-

den Stadt- und Amtsschreibern aber eingeschärft, daß sie die Testierenden nicht von den leichteren Formen des Landrechts ab und um ihres Vorteils willen auf die schwereren Solennitäten der gemeinen Rechte verweisen sollen. „Wenn sich befinden sollte, daß durch solche unziemliche Verleitung Jemand in Schaden oder Stritt geraten, solle gegen den Verursacher mit Entsetzung des Amts oder in andere Wege vorgegangen werden; und nichts destoweniger denjenigen, so hiedurch zu Schaden kommen, ihr Anspruch und Forderung gegen denselben vorbehalten sein."

Griesinger Bd. V. S. 10 bemerkt hiezu, es sei wohl zu bemerken, daß diese Klage auf Schadensersatz nur in dem Falle gegen den berechtigten Testaments-Verfasser stattfinde, wenn er seines Vorteils wegen ein Testament nach den schwereren Formen des gemeinen Rechts machte, und daß sie nicht stattfinde, wenn er ohne eine solche unedle Absicht dies getan hat. Allein diese Ansicht kann nicht gebilligt werden. Gegen dieselbe spricht schon die Fassung des Gesetzes: der Verursacher des Schadens solle seines Amts entsetzt werden; allein nichtsdestoweniger dem Beschädigten sein Ersatzanspruch vorbehalten, d. h. dieser Anspruch durch die Bestrafung des Schuldigen nicht ausgeschlossen sein. Es waren auch die Worte von „und nicht-destoweniger" an ursprünglich nicht in dem Konzept Eisengreins enthalten; es war nur beabsichtigt, daß „der Stadt-, Amts- und Dorfschreiber halb eine starke Erinnerung angehängt werde", es sollen dieselben die Testierenden nicht ihres eigenen Nutzens willen auf die weitläufigen gefährlichen Formen des gemeinen Rechts weisen, und erst später wurde der Beisatz von Eisengrein selbst auf dem Rande des Konzepts gemacht, wohl deshalb, um das Mißverständnis zu vermeiden, als sei es mit der Bestrafung abgethan s. die angeführten Landrechtsakten S. 316. 318 Note. Die Auslegung Griesingers würde sodann das schwer verständliche Resultat ergeben, daß ein Stadtschreiber, welcher um seines Vorteils willen, zu einem Testament nach gemeinrechtlicher Form rät, ersatzpflichtig, ein Dorfschreiber aber, welcher auf Erfordern sich zu Fertigung eines gemeinrechtlichen Testaments gegen das ausdrückliche Verbot, — doch wohl auch nur seines Vorteils willen, — herbeiließe, nicht haftbar wäre. Außerdem führt die Schlußfolgerung Griesingers aus dem Gegenteil zu weit, denn hienach würde der Testamentsverfasser, welcher nicht seines Vorteils willen ein nichtiges Testament nach den schweren Formen des gemeinen Rechts macht, überhaupt für keinen Schaden haften, auch denjenigen nicht, welcher dem Testator, der den Fehler zeitig entdeckt, durch die nichtige Testamentserrichtung zugegangen ist.

Mit Recht hat sich daher Reinhardt Commentar zum Landrecht

dens im Fall bloßen Versehens nicht bestehe, und daß Beklagter für die Folgen eines von ihm begangenen Versehens nur dann, wenn dadurch ein Recht der Kläger verletzt worden wäre, ersatzpflichtig sein würde. Diese Rüge erscheine nicht begründet. Das Versehen, welches nach der Feststellung dem Beklagten zur Last falle, bestehe darin, daß derselbe unter Hintansetzung seiner Amtspflicht unterlassen habe, zu dem Akt der Testamentserrichtung das Gericht durch Beiziehung von Schöffen gehörig zu besetzen. Von dem Berufungsrichter werde erwogen: Das Württembergische Gesetz vom 14. Juni 1843 bestimme, daß der seine Pflichten hintansetzende Beamte der freiwilligen Gerichtsbarkeit „den Beteiligten den ihnen hiedurch zugefügten Schaden zu vergüten" habe. Beteiligt im Sinn dieses Gesetzes sei, was die Pflicht zu Wahrung einer Testamentsform betreffe, nicht bloß derjenige, der seine Erbschaft einem andern zuwenden wolle, sondern auch derjenige, dem die Erbschaft zugewendet werden solle. Auf Grund dieser für den Revisionsrichter maßgebenden Erwägung sei davon auszugehen, daß der Beklagte durch jene Unterlassung eine Amtspflicht, welche ihm den Klägern gegenüber obgelegen, hintangesetzt habe. Es werde daher von der Revision mit Unrecht geltend gemacht, daß es an einem Rechtsgrund fehle, der den Beklagten den Klägern gegenüber für die Folgen eines bloßen Versehens haftbar machen würde. Richtig sei, daß durch das Versehen des Beklagten ein bereits bestehendes Recht der Kläger nicht verletzt worden sei, und daß die Kläger auch

Bd. II. S. 8 und 9 gegen die Ansicht Griesingers erklärt. Er führt aus: für Entschädigung hafte jeder, der ein Testament fehlerhaft verfaßt habe. Bestraft könne der Verfasser nicht werden, der ein ungültiges Testament errichte, wenn er es aus bloßer Unwissenheit und nicht aus einem rechtswidrigen strafbaren Beweggrund gethan habe. Es finde deshalb auch nur dann Strafe statt, wenn er seines eigenen Vorteils halber den Testierenden auf die ihm unbekannten Formen des gemeinen Rechts geleitet habe. Die Stelle sei sicher so zu verstehen: Entschädigungsklage finde überall statt — einen hier nicht interessierenden Fall ausgenommen —; Strafe aber nur dann, wenn zugleich ein rechtswidriger Beweggrund, Gewinn u. s. w. des Verfassers vorgelegen habe. (d. E.)

durch ein gültig errichtetes Testament noch keinen — sei es bedingten oder unbedingten — Anspruch erworben haben würden. Dies nehme auch der Berufungsrichter nicht an. Es sei vielmehr aus dem zweifellos richtigen Rechtssatz, daß der zum Schadensersatz Verpflichtete nicht bloß für positiven Schaden aufzukommen, sondern auch für entgangenen Gewinn Ersatz zu leisten habe, vorausgesetzt, daß dieser Gewinn in sicherer Aussicht gestanden habe, ohne Rechtsirrtum die Folgerung gezogen, daß Beklagter die Kläger dafür, daß ihnen die Möglichkeit eines Rechtserwerbs durch seine Schuld entzogen worden sei, zu entschädigen habe.

9.

Zu Artikel 119 des Pfandgesetzes.

Gegen die auf Herausgabe des Unterpfands zum Zweck seiner Befriedigung gerichtete Klage des Pfandgläubigers hat der Beklagte eingewendet, von seinem Besitz-Vorgänger, welcher das verpfändete Grundstück von dem Pfandschuldner in gutem Glauben gekauft habe, sei ein Haus auf jenem Grundstück erbaut worden. Vor der Herausgabe des Unterpfands samt dem darauf erbauten Hause an den Kläger habe dieser dem Beklagten den Bau-Aufwand zu erstatten.

Es wurde erkannt, daß der Beklagte Grundfläche und Haus an den Kläger behufs dessen Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben habe und daß der Erlös in der Weise zu verteilen sei, daß der Kläger zunächst den Wert der Grundfläche, sodann der Beklagte den Betrag des Bauaufwands, soweit der Wert des Unterpfands dadurch noch erhöht sei, und der Kläger den Rest des Erlöses erhalte.

Hiebei wurde von folgenden Grundsätzen ausgegangen:

1. Dem gutgläubigen dritten Besitzer des Unterpfands steht gegen den Pfandgläubiger ein Anspruch auf Ersatz der nützlichen Verwendungen insoweit zu, als die Sache zur Zeit

der Realisierung des Pfandrechts durch dieselben noch in ihrem Werte erhöht ist [1]).

2. Auch derjenige, welcher den Pfandgegenstand von einem gutgläubigen Besitzer erwarb, welcher den gemachten Aufwand hätte anrechnen können, kann denselben in gleicher Weise wie sein Besitzvorgänger aufrechnen [2]).

3. Der gutgläubige Besitzer muß sich nur diejenigen Nutzungen gegen die Verwendungen aufrechnen lassen, welche er von der Zeit der Erhebung der Pfandklage an bezogen hat, nicht aber diejenigen einer früheren Zeit [3]).

4. Der Beklagte kann vermöge seines Zurückbehaltungsrechts nicht vorgängige Befriedigung um seine Verwendungen vor der Herausgabe fordern, sondern nur Sicherstellung. Diese findet er aber in Verkauf durch die Vollstreckungsbehörde und in der Verweisung des Erlöses durch diese [4]).

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts vom 23. Dezember 1887 in der Berufungssache Schlecht c. Häberle.

10.

Zu Artikel 109 des Pfandgesetzes.

Die Beklagte hat von den J. G.'schen Eheleuten deren Liegenschaft erkauft und die auf der Liegenschaft haftenden

1) Windscheid I. § 235 Nr. 15, Dernburg, Pfandrecht. II. S. 352, Groskopf, Retentionsrecht. S. 40, 114, Schenk, Retentionsrecht. S. 199, 298, Civilist. Archiv. Bd. 20 S. 161, Mayer, Comm. z. Pfandg. II. S. 182, Lang, Sachenrecht. II. S. 399, Seuffert, Archiv. Bd. 9 Nr. 11, Bd. 11, Nr. 127.

2) l. 14 § 1 dig. 10. 3, Dernburg, l. c. S. 354, Schenk, l. c. S. 321, Groskopf, l. c. S. 32.

3) Gegen Mayer, Pfandr. II. S. 184, A. 49 des Pfandg., Commissionsbericht der Kammer der Abgeordn. v. 1824, 3. Beilagenheft S. 272 Dernburg l. c. S. 356.

4) A. 24—26 des Ges. v. 18. Aug. 1879 betr. d. Zwangsv. in d. unbewegl. Vermögen, Dernburg, l. c. S. 356, Seuffert, Archiv, Bd. 26, Nr. 17.



Pfandschulden übernommen. Sie hat in der Folge an den Kläger als den auf der Liegenschaft versicherten Pfandgläubiger verschiedene Abschlagszahlungen geleistet und bezüglich dieser Zahlungen von der Unterpfandsbehörde zu G. Vormerkungen im Unterpfandsbuch erwirkt, wornach sie in das Pfandrecht des teilweise befriedigten Gläubigers, des Klägers, mit Vorzug vor dessen Restforderung eintreten sollte. Gegen diese Einträge hat der Kläger Verwahrung eingelegt und mittels gerichtlicher Klage die Feststellung des Nichtbestehens dieses Rechts der Beklagten beantragt.

Die Civilkammer des Landgerichts hat die Klage abgewiesen, indem dieselbe annahm, der Beklagten stehe auf Grund des Artikel 109 des Pfandgesetzes ein konkurrierendes Recht mit dem Kläger zu. Auf erhobene Berufung wurde das erstrichterliche Urteil abgeändert und dem Klagegesuch gemäß erkannt.

Gründe:

Die Beklagte will für den Betrag der von ihr an den Kläger geleisteten Zahlungen kraft Gesetzes ein Unterpfandsrecht auf den dem Kläger verpfändeten Grundstücken in gleichem Rang und konkurrierend mit der Restforderung des Klägers erworben haben, und hat diesen Erwerb (welchen zu begründen, ihr obliegt) auf ihre Eigenschaft als Käuferin der verpfändeten Sache und auf die durch Art. 109 des Pfandgesetzes dem Käufer gewährte Pfandnachfolge gestützt. Allein hiemit läßt sich ein mit dem Recht des Klägers konkurrierendes Unterpfandsrecht nicht begründen. Eine solche Konkurrenz würde in schroffem Widerspruch mit dem allgemeinen Grundsatz stehen, daß für jeden Rest einer sichergestellten Forderung das ursprüngliche Pfandrecht an der ganzen Sache unbeschränkt fortdauert. Hätte der Gesetzgeber eine Ausnahme von diesem Grundsatz zu Gunsten des Käufers, welcher einen Pfandgläubiger teilweise befriedigt, schaffen wollen, so hätte er dies zum unzweideutigen Ausdruck bringen müssen. Dies ist aber nicht der Fall. Im Gegenteil kann nach dem klaren Wortlaut des Artikel 109 der Käufer, soweit

ein Pfandgläubiger durch Zahlung des Kaufpreises befriedigt wurde, die Rechte dieses Pfandgläubigers in Beziehung auf jene Sache nur geltend machen „gegenüber von andern Pfandgläubigern“, welche dem befriedigten Gläubiger gleich- oder nachgesetzt sind, also nicht auch gegenüber dem (teilweise) befriedigten Gläubiger selbst. Dies ergibt sich auch aus dem Zweck der Bestimmung, welche (wie überhaupt die hypothekarische Succession, unter deren Fälle der Art 109 im Kapitel „von den Rechtsverhältnissen der Pfandgläubiger unter sich“ eingereiht ist) gar nicht das Verhältnis des Pfandnachfolgers zum befriedigten Pfandgläubiger regeln, sondern den Pfandnachfolger gegen die Ansprüche anderer sicherstellen will. Sowenig das Recht dieser andern, insbesondere der Nachpfandgläubiger, durch eine solche Pfandnachfolge des Käufers irgendwie beeinträchtigt werden darf, ebensowenig kann es der Zweck jener Bestimmung sein, den Anspruch des teilweise befriedigten Pfandgläubigers an sein Unterpfand durch eine Konkurrenz des Käufers zu verletzen.

Für ein solches konkurrierendes Unterpfandsrecht des Käufers kann auch Artikel 118 des Pfandgesetzes nicht angeführt werden, denn er beschränkt sich darauf, gegenüber der auf Abtretung des Unterpfands an einen Pfandgläubiger gerichteten Klage dem Käufer einen Gegenanspruch zu gewähren, um dessen Geltendmachung es sich im vorliegenden Rechtsstreit gar nicht handelt.

Urteil des 2. Senats des Oberlandesgerichts vom 16. Februar 1888 in Sachen Steiner c. Knohn.

11.

Zum Erfordernis des gerichtlichen Erkenntnisses über einen zwischen Hausvater und Haussohn abgeschlossenen Vertrag [1]).

Der Kläger, welcher von seinem Vater dessen Liegenschaft erkauft hat, hat die Nichtigkeit des Vertrags geltend gemacht,

1) S. hiezu Württemberg. Archiv, Bd. 10 S. 230, eod. Bd. 16,

weil er zur Zeit des Abschlusses des Vertrags noch in väterlicher Gewalt gestanden sei. Der Beklagte hat sich darauf berufen, der Gemeinderat habe über den Vertrag erkannt.

Hierüber wurde in den Gründen des dem Klagegesuch entsprechenden Urteils bemerkt:

War Johann G. zur Zeit des Vertrags noch Haussohn, so kommt die Vorschrift des Landrechts II. 28 § 5, bezw. § 17 der K. Verordnung vom 19. Juni 1808 betreffend die Behandlung der Geschäfte der willkürlichen Gerichtsbarkeit zur Anwendung, wonach Verträge zwischen einem Hausvater und dem in seiner Gewalt befindlichen Kinde ohne ein hinzutretendes gerichtliches Erkenntnis des zuständigen Gemeinderats unverbindlich sind. Der Vertrag ist, insolange bis dieses gerichtliche Erkenntnis erfolgt ist, wirkungslos, so daß jeder der Beteiligten die Richtigkeit desselben geltend machen kann [1]).

Wenn nun gleich der zuständige Gemeinderat über den Liegenschaftskaufvertrag erkannt hat, so ist doch im vorliegenden Fall der Vorschrift des Landrechts II. 28 § 5 nicht genügt worden.

Allerdings soll nach § 3 der erwähnten Verordnung vom 19. Juni 1808 der Gemeinderat, ehe er über einen Kontrakt erkennt, untersuchen, ob die Kontrahenten die Fähigkeit und Befugnis gehabt haben, den Kontrakt einzugehen, ob der Kontrakt selbst nicht gegen ein verbietendes Gesetz verstoße u. s. w. Darin liegt, daß der Gemeinderat, wenn der zum gerichtlichen Erkenntnisse gebrachte Vertrag ein Vertrag zwischen Hausvater und Hauskind ist, insbesondere untersuchen soll, ob Gründe vorliegen, die ihm nach der Vorschrift des Landrechtes zustehende Bestätigung des Vertrages zu erteilen. Ferner muß, wenn der Gemeinderat über einen Vertrag erkannt hat, im Zweifel angenommen werden, daß er denselben nach allen den-

---

S. 238, eod. Bd. 23 S. 21; Boscher, Bd. 23 S. 21; Urteil des vormal. Obertrib. vom 20. Novbr. 1874 Blum's Wittwe c. Sattler.

1) s. Württ. Archiv. Bd. 15 S. 421; Lang, Personenrecht. § 83, Note 4.

jenigen Richtungen geprüft habe, nach welchen eine Prüfung anzustellen ihm obgelegen hatte. Insofern kann also, wenn die Kontrahenten in der Vertragsurkunde selbst als im Verhältnis von Hausvater und Haussohn stehend bezeichnet sind, oder wenn sich anderweit nachweisen läßt, daß der Gemeinderat bei dem Erkennen über den Vertrag sich dieses Verhältnisses bewußt gewesen sei, in dem Erkenntnisse über den Vertrag als einen Liegenschaftsveräußerungsvertrag unter Umständen zugleich die Bestätigung des Vertrags als eines Vertrages zwischen Hausvater und Hauskind gefunden werden. Allein dies trifft eben im vorliegenden Falle nicht zu, denn in der Vertragsurkunde ist mit keinem Worte angedeutet, daß der Verkäufer G. und der Käufer G. im Verhältnisse von Hausvater und Haussohn zu einander stehen, und aus der dem gerichtlichen Erkenntnisse vom 9. August 1883 vorausgehenden Korrespondenz zwischen dem Amtsgerichte und dem Gemeinderate, bei welcher der letztere alle diejenigen Bedenken darlegte, welche ihm der Vertrag erregt habe, geht hervor, daß die dissentierenden Gemeinderatsmitglieder zwar das Bedenken hatten, ob Johann G. G. minderjährig und demgemäß dispositionsunfähig sei, daß aber die Eigenschaft desselben als Haussohnes des Verkäufers **nicht** zur Erörterung gekommen ist.

Urteil des 2. Senats des Oberlandesgerichts vom 28. Juni 1888 in Sachen Gepräg c. Kuohn.

12.

Zuständigkeit hinsichtlich des in Landrecht Teil II. tit. 28 § 5 erforderten gerichtlichen Erkenntnisses.

Ein Liegenschaftskaufvertrag zwischen Vater und seiner in väterlicher Gewalt befindlichen Tochter wurde angefochten, weil über denselben nur der Gemeinderat der gelegenen Sache und nicht auch derjenige des Wohnsitzes des Vaters erkannt habe. Das erstere wurde jedoch für genügend erachtet und ausgeführt:

Die Gültigkeit des genannten Kaufvertrags deshalb zu beanstanden, weil derselbe nicht auch durch den Gemeinderat von B. als den Gemeinderat des Wohnorts der Vertragschließenden bestätigt worden ist, liegt kein Grund vor, nachdem der Gemeinderat von A., auf dessen Markung der Acker gelegen ist, am 16. Februar 1883 das gerichtliche Erkenntnis ausgesprochen hat.

Die gerichtliche Bestätigung, von welcher nach Landrecht Teil II. Titel 28 § 5 die Gültigkeit aller Verträge zwischen Hausvater und Hauskind abhängig gemacht ist, kommt nach § 17 der K. Verordnung vom 19. Juni 1808 dem Gemeinderat als der ordentlichen Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu. Die örtliche Zuständigkeit ist in diesen Gesetzen nicht geregelt; da übrigens, entsprechend dem Zweck der Vorschrift, die Hauskinder gegen Benachteiligung durch einen Mißbrauch des väterlichen Ansehens zu schützen, dem Erkenntnis des Gemeinderats eine sachliche Prüfung voranzugehen hat, so kann allerdings das Erkenntnis nur von einem zuständigen, d. h. von demjenigen Gemeinderat ausgesprochen werden, vor welchem die Vertragschließenden einen Gerichtsstand haben.

Allein daß dies notwendig der allgemeine Gerichtsstand des Wohnorts sein müsse, ist nirgends vorgeschrieben. Wenn vielmehr die Mitwirkung eines Gemeinderats ohnedem deshalb stattfindet, weil eine Liegenschaft den Gegenstand des Vertrags bildet, für dessen gerichtliche Bestätigung im Sinn von Landrecht II, Titel 13 § 1 der Gemeinderat der gelegenen Sache ausschließlich zuständig ist, so ist es durch Gründe der Zweckmäßigkeit geboten und durch keine gesetzliche Bestimmung verboten, daß diesem Gemeinderat zugleich auch die gerichtliche Bestätigung des Vertrags im Sinn von Landrecht Teil II. Titel 28 § 5 überlassen werde. Andererseits müßten in Fällen der vorliegenden Art, wo der Gemeinderat des Wohnorts nicht mit dem Gemeinderat der gelegenen Sache identisch ist, über einen und denselben Vertrag Erkenntnisse zweier verschiedener Behörden, und damit eine Häufung rechtspolizeilicher Fürsorge verlangt werden, für deren Notwendigkeit es an inneren Gründen fehlt. Zwar hat die sachliche Prüfung, welche dem Er-

kenntnis über den Vertrag als einen Vertrag zwischen Hausvater und Hauskind voranzugehen hat, einen weiteren Umfang, als die durch das gewöhnliche gerichtliche Erkenntnis bedingte Prüfung, sofern die letztere nur auf die rechtliche Gültigkeit des Vertrags, die erstere auch auf die Frage von der etwaigen Schädlichkeit des Vertrags für das Hauskind sich zu erstrecken hat. Allein wenn auch in vielen Fällen die genauere Vertrautheit mit den persönlichen Verhältnissen der Vertragschließenden auf Seiten des Gemeinderats des Wohnorts zutreffen und eine erhöhte Garantie für den Schutz des Hauskinds bieten mag, so können auf der anderen Seite auch die örtlichen Verhältnisse der betreffenden Liegenschaft, mit welchen der Gemeinderat der gelegenen Sache vertrauter ist, bei dieser Prüfung ebensowohl ins Gewicht fallen, und es kann das Bedürfnis, vor dem Erkenntnis erst Erkundigungen bei andern Behörden einzuziehen, bei dem einen Gemeinderat sich so gewiß geltend machen, wie bei dem andern. Die mögliche Lückenhaftigkeit der Kenntnis der bei der Prüfung in Betracht kommenden individuellen Verhältnisse kann daher kein Hindernis sein, die Zuständigkeit des Gemeinderats der gelegenen Sache anzuerkennen; umsoweniger, als dieser Gemeinderat auch in andern Fällen, in welchen seine Zuständigkeit ausdrücklich vom Gesetz vorgeschrieben ist, in die Lage kommen kann, trotzdem auf eine Rücksprache mit dem Gemeinderat des Wohnorts angewiesen zu sein, wie beispielsweise bei Prüfung der Vertragsfähigkeit der Kontrahenten im Sinn des § 3 der K.V.O. vom 19. Juni 1808, ferner bei Prüfung der Nützlichkeit einer Verpfändung von Kindsvermögen im Sinn des § 114 Abs. 1 u. 2 der Hauptinstruktion.

War hienach der Gemeinderat von A. an sich zuständig, das Erkenntnis über den Kaufvertrag vom 27. Januar 1883, auch soweit die Eigenschaft der Vertragschließenden als Hausvater und Hauskind dies erforderte, auszusprechen, so wäre es eine überflüssige Formalität, zu verlangen, daß dieses Erkenntnis abgesondert von demjenigen Erkenntnis, welches über den Vertrag als einen Liegenschaftsveräußerungsvertrag er-

lassen wird, in die äußere Erscheinung trete. Wie das Oberlandesgericht schon mehrfach ausgesprochen hat, kann vielmehr in dem letzteren Erkenntnis zugleich die Bestätigung des Vertrags als eines Vertrags zwischen Hausvater und Hauskind gefunden werden, wofern nur durch die Umstände des Falls die Annahme berechtigt ist, daß der Gemeinderat sich dieses Verhältnisses der Vertragschließenden bewußt war, da im Zweifel unterstellt werden muß, daß der Gemeinderat den Vertrag nach allen denjenigen Richtungen geprüft habe, nach welchen ihm eine Prüfung oblag.

Daß diese Voraussetzung im vorliegenden Fall wirklich zugetroffen hat, ergibt sich genügend aus der Thatsache, daß in der Vertragsurkunde und im Protokoll über das gerichtliche Erkenntnis die Käuferin als die „ledige Tochter" des Verkäufers bezeichnet ist, wenn man erwägt, daß die ledigen Töchter bei Lebzeiten der Eltern in der Regel keinen selbständigen Haushalt haben, also Hauskinder sind, und daß der Gemeinderat auf diese Annahme noch besonders durch das jugendliche Alter der Tochter hingewiesen war, welches mindestens anläßlich der Insinuation des Vertrags dem Vorstand des Gemeinderats und durch ihn, wie anzunehmen ist, auch dem Gemeinderatskollegium zur Kenntnis gekommen ist.

Urteil des 2. Senats des Oberlandesgerichts vom 23. Mai 1889 in Sachen Ruopp c. Ruoß.

13.

Feststellungsklage. Rechtliches Interesse.

Die beklagte Firma, Gebrüder L. in U., hat der Klägerin Franziska Str., Händlerin in G., Waren zugesendet, welche die Letztere bestreitet gekauft zu haben. Die Klägerin hat die Ware zurückgewiesen, worauf diese auf Lager gegeben wurde. Die Beklagte hat in verschiedenen Briefen die Annahme der Ware verlangt, mit Klage gedroht, diese aber nicht erhoben. Hierauf hat die Klägerin eine negative Feststellungsklage er-

hoben mit dem Antrag, es möge festgestellt werden, daß ein Kaufvertrag über die von der Beklagten der Klägerin zugeschickte Warensendung nicht zustande gekommen sei und hienach aus solchem der Beklagten ein Anspruch gegen die Klägerin nicht zustehe. Nach Erhebung der Klage hat die Beklagte der Klägerin einen Schriftsatz zustellen lassen, worin sie erklärte, daß sie auf Geltendmachung der Rechte aus dem behaupteten Kaufvertrag verzichte und die streitige Ware zurücknehmen werde. Trotzdem hat die Beklagte die Abweisung der Feststellungsklage beantragt. In erster Instanz wurde die Klage abgewiesen, weil die Beweislast für das Zustandekommen des Kaufs die Beklagte treffe und die Klägerin die Erhebung einer Klage Seitens der Verkäuferin auf Erfüllung hätte abwarten können. Das Urteil wurde in 2. Instanz abgeändert und dem Klagegesuch gemäß erkannt.

Gründe:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt, daß der Klägerin, welche ihrerseits den Abschluß eines Kaufvertrags mit der Beklagten in Abrede stellt, mit Faktura vom 3. Oktober 1887 eine nicht unbeträchtliche Warensendung durch die Beklagte übermacht worden ist; daß die Beklagte auch nach erfolgter Zurückweisung der Ware auf dem Verlangen der Abnahme bestehen blieb und die Niederlegung der Ware in einem Lagerhaus veranlaßte; daß sie endlich noch am 15. November die Klägerin unter Androhung gerichtlicher Klage zur Annahme der Ware aufgefordert, gleichwohl aber die wirkliche Erhebung der Klage unterlassen hat. Wenn unter solchen Umständen die Klägerin sich entschloß, nunmehr selbst mit Klage vorzugehen und hiedurch eine alsbaldige gerichtliche Entscheidung über Bestehen oder Nichtbestehen des vom Gegner behaupteten Rechtsverhältnisses herbeizuführen, so kann nicht zweifelhaft sein, daß sie an dieser Feststellung ein wohlbegründetes Interesse hatte, da bei dem beschränkten Bedarf eines ländlichen Krämerei-Gewerbes ein Zustand der Unsicherheit und Schwebe, wie er durch das drohende und doch zugleich hinhaltende Auftreten der Beklagten herbeigeführt worden war, geeignet war,

5*

einen störenden Einfluß auf die geschäftlichen Verfügungen der Klägerin zu üben, somit in der That ein die Rechtssphäre der Klägerin schädigendes Moment vorlag, dessen Abwendung durch alsbaldige Wiederherstellung der Rechtssicherheit ein begründetes rechtliches Interesse der Klägerin darstellt. — Die Zulässigkeit der Feststellungsklage ist hienach jedenfalls für den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit anzuerkennen. Dasselbe muß übrigens auch vom Standpunkt der dermaligen Prozeßlage gelten. Zwar hat die Beklagte sofort nach Zustellung der Klage durch Schriftsatz vom 23. November ihren Entschluß, dem Streit ein Ende zu machen, erklärt und die alsbaldige Zurücknahme der Streitware versprochen. Indem sie aber andererseits in demselben Schriftsatz und damit übereinstimmend auch in dem ganzen weiteren Verlauf des Prozesses die Zulässigkeit der angestellten Feststellungsklage nach wie vor bestritten hat, so hat sie ebendamit der Klägerin gerade dasjenige vorenthalten, was das eigentliche Ziel der erhobenen Klage war, nämlich den Anspruch auf die gerichtliche der Rechtskraft fähige Feststellung des Nichtbestehens einer dießfallsigen Verbindlichkeit. Damit ergibt sich denn auch von selbst die Fortdauer des rechtlichen Interesses an der beantragten Feststellung.

Demzufolge erscheint die Klage als durchaus begründet.

Urteil des 2. Senats des Oberlandesgerichts vom 28. Juni 1888 in Sachen Str. c. L.

14.

Umfang der Vollmacht eines Handlungsreisenden.

Der Handlungsreisende Sch. der beklagten Firma H. M. und Comp. hat von der Klägerin, der Firma R. u. F., eine Bestellung auf Lampen entgegengenommen lieferbar binnen 14 Tagen. Die Beklagte hat die Erfüllung verweigert, weshalb die Klägerin Schadensersatz verlangte. Die Klage wurde abgewiesen. Das weitere Thatsächliche ergibt sich aus den Gründen:

I. Auch auf Handlungsbevollmächtigte, welche der Prinzipal als Handlungsreisende zu Geschäften an auswärtigen Orten verwendet, — ein solcher Handlungsbevollmächtigter war der infolge des am 2. November 1886 mit der Klägerin abgeschlossenen Geschäfts aus den Diensten der Beklagten entlassene R. Sch. — findet nach Art. 49 des Handelsgesetzbuchs die Bestimmung des Art. 47 Anwendung, daß die Vollmacht auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen sich erstreckt, welche der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt. Diese Rechtsvermutung ist im Interesse des Verkehrs zum Schutze dritter Personen, welche mit den Handlungsbevollmächtigten verkehren, aufgestellt. Die Spezialität des Geschäftsbetriebs des Prinzipales ist zwar diesem gegenüber jedenfalls für den vermutbaren Umfang der von ihm erteilten Vollmacht maßgebend. Dritte Personen sollen aber nicht verpflichtet sein, zu untersuchen, wie der Prinzipal des Reisenden bezüglich spezieller Geschäfte es bisher gehalten hat. Es soll vielmehr genügen, wenn sie untersuchen, welcher Art das Geschäft des Prinzipals ist, und wie es in Geschäften dieser Art gewöhnlich gehalten wird (cf. R.O.H.G. Bd. 6 S. 154). Eine Einschränkung der Vollmacht, wie diese nach dem in Artikel 47 aufgestellten Interpretativsatze als dem Handlungsbevollmächtigten erteilt zu vermuten ist, bindet den dritten Kontrahenten nur dann, wenn er diese Einschränkung gekannt hat, oder nach den Umständen hat kennen müssen. Ob der Handlungsreisende, welcher zum Abschlusse von Verkäufen nach Mustern, die er bei sich führt, beziehungsweise nach einem Musterbuche, oder nach einem sonstigen Verzeichnisse der von ihm zu verkaufenden Waren, ausgeschickt wird, auch nach andern Mustern oder auf andere Waren Bestellungen für den Prinzipal aufzunehmen ermächtigt ist, läßt sich nicht allgemein beantworten, ist vielmehr nach den Umständen des einzelnen Falles, wobei insbesondere die Art des betreffenden Handelsgewerbes in Betracht kommt, zu beurteilen.

II. Der Reisende der Beklagten hat nach der Kommis-

sionsnote vom 2. November 1886 unter den daselbst bezeichneten Bedingungen im Namen der Beklagten die Lieferung einer erheblichen Anzahl von Lampen, welche weder in dem Musterbuche noch in dem Preiskourant der Beklagten enthalten sind, zugesagt. Es handelte sich vielmehr bei der Bestellung vorzugsweise um Muster, deren Modelle im Besitze anderer Firmen und für diese gesetzlich geschützt waren, also um Lampen, zu denen die Beklagte die Rohgußbestandteile nicht nach eigenen Modellen, sondern nach den Modellen einer anderen Fabrik hätte herstellen lassen müssen. Zudem wurde zwischen dem Reisenden der Beklagten und der Klägerin vereinbart, daß die Spedition spätestens bis 15. November zu erfolgen habe.

III. So wenig nun auch die Annahme des vorigen Richters, daß ein Fixgeschäft vorliege, gerechtfertigt ist, wie die Klägerin unter Bezugnahme auf die Entscheidungen des R.O.H.G. Bd. 1 S. 241 und Bd. 6 S. 227 sq. mit Grund hervorhebt, so ist doch das von dem Reisenden der Beklagten geschlossene Geschäft nicht ein solches, wie es dem speziellen Betriebe des Geschäfts der Beklagten entsprach, oder wie es wenigstens in Geschäften dieser Art gewöhnlich vorkommen wird.

Die Beklagte, welche als „süddeutsches Fabriklager der W. und W.'schen Lampenfabrik in Berlin" von dieser der Klägerin bezeichnet worden war, befaßt sich nach dieser von der Beklagten auf ihren Briefen und sonstigen Kundgebungen regelmäßig gebrauchten Bezeichnung und insbesondere nach den Bemerkungen auf dem von ihr und der Firma W. und W. gemeinschaftlich benützten Preiskourante ausschließlich mit dem Verkaufe der Fabrikate der W. und W.'schen Lampenfabrik. Es ist auf dem auch der Klägerin zugestellten Preiskourant insbesondere gesagt:

„Bei Bestellungen bitten wir stets um Angabe der be„treffenden Nummern [d. h. der im Preiskourant und Muster„buch enthaltenen Bestellungsnummern]. Nur auf Gegenstände, „welche im Preiskourant verzeichnet, können wir Aufträge an„nehmen." Das von dem Reisenden der Beklagten geschlossene Geschäft entsprach hienach nicht dem speziellen Betrieb des Ge-

schäftes der Beklagten. Der Betrieb eines derartigen Gewerbes bringt es auch überhaupt als Regel mit sich, daß Bestellungen nach Mustern anderer Fabriken entgegenzunehmen, der Reisende nicht befugt ist. Daß insbesondere die Beklagte ihren Reisenden nicht zu einer Bestellung dieser Art mit der in der Kommissionsnote enthaltenen Speditionsfrist ermächtigt hatte, kann nach der Aeußerung der Sachverständigen: „Nach unserem „Dafürhalten ist es nicht möglich gewesen, in der Zeit vom „2. November bis zum 15. November die Kommission auszu„führen. Auch der Firma W. und W. wäre diese Lieferung, „zumal um die Bedarfszeit nicht möglich gewesen", um so weniger bezweifelt werden. Würde man aber auch annehmen, in andern Geschäften von der Art des Geschäftes der Beklagten sei es üblich, daß der Reisende auch nach den Mustern anderer Fabriken Bestellungen im Namen seines Prinzipales aufnehme, so kann es doch nicht als das Gewöhnliche angesehen werden, daß der Reisende, wenn er für seinen Prinzipal Bestellungen nach andern Mustern, als denen seines Prinzipales, entgegennimmt, hiebei eine Frist für die Ausführung vereinbart, deren Einhaltung für den Prinzipal offensichtlich unmöglich ist.

IV. Daß die Vollmacht des Reisenden Sch. zum Abschlusse von Verkäufen und zur Vereinbarung der Lieferfristen in der Weise von der Beklagten eingeschränkt war, daß er überhaupt nicht ermächtigt war, nach Mustern anderer Fabriken, als der Firma W. und W., Bestellungen aufzunehmen (was die Beklagte schon in dem Briefe vom 6. November der Klägerin gegenüber mit den Worten: „Sie bestellen Muster, die uns völlig unbekannt sind" zum Ausdruck brachte), und daß er dies insbesondere nicht unter Verabredung der offenbar zu kurzen Frist: „Spedition spätestens bis 15. November" thun durfte, mußte die Klägerin wissen. Sie hatte das Musterbuch und den Preiskourant mit den erwähnten Bemerkungen auf der Rückseite desselben erhalten. Die Firma L. und C. hatte zuvor schon auf die Anfrage der Klägerin vom 28. Oktober zur Ausführung derselben Bestellung Frist bis 20. November zur Bedingung gemacht. Der Klägerin, welche die Pflicht hatte, sich

wenigstens in etwas darum zu kümmern, ob der Vertrag, den sie mit dem Reisenden der Beklagten schloß, dem Willen der letzteren entspreche [1]), konnte nicht entgehen, daß die Beklagte „nur auf Gegenstände, welche im Preiskourant verzeichnet, Aufträge annehme“ und daß die Beklagte insbesondere nicht eine Bestellung nach dem Musterbuche der Firma L. und C. in kürzerer Frist, als diese Firma, zu effektuieren sich verpflichten wolle.

V. Es kann also die Beklagte nicht aus dem Vertrage vom 2. November, bei dessen Abschlusse die Klägerin sich bei Anwendung mäßigen Grades von Ueberlegung sagen mußte, er entspreche dem Willen der Prinzipalin des Reisenden nicht, haftbar gemacht werden. Die Klage ist vielmehr dem Ausgeführten zufolge abzuweisen, und also die Zurückweisung der Berufung gerechtfertigt.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts vom 25. Mai 1888 in Sachen N. u. F. c. H. M. u. Comp.

15.

Anfechtung eines General-Versammlungsbeschlusses. Der Zweck eines Aktienunternehmens hört dadurch noch nicht auf, daß der Betrieb dieses Unternehmens einer andern Fabrik übertragen wird.

Die Aktiengesellschaft „Elektrotechnische Fabrik“ zu N., hat zufolge Beschlusses ihrer Generalversammlung ihre Aktiven und Passiven der Maschinenfabrik zu G. übertragen mit der Bestimmung, daß letztere in eigenem Namen und auf eigene Rechnung den Betrieb fortsetzen, aus den Ueberschüssen aber der Elektrotechnischen Fabrik 125 000 M. bezahlen und einen gewissen Teil des Reinertrags überlassen solle.

Zwei Aktionäre haben diesen Beschluß als ungültig angefochten mit der Begründung: die Elektrotechnische Fabrik habe

1) cf. l. 7 § 1 D. d. exercitor. act. 14, 1. Et in summa aliquam diligentiam creditorem debere praestare.

keinen Zweck mehr; sie habe aufgehört, ihrem statutenmäßigen Zweck zu dienen und einen neuen Zweck habe sie auch nicht. Der Beschluß der Generalversammlung sei nicht auf eine erlaubte Aenderung des Gesellschaftszweckes gerichtet, sondern lediglich auf die Liquidation der Gesellschaft; aber nicht auf eine Liquidation nach Vorschrift des Handelsgesetzbuchs, sondern in anderer Weise, und es sei der Beschluß, weil er in Widerspruch mit den Gesetzen stehe, ungültig. Weiter sei der Beschluß ungültig, weil die Organe der Gesellschaft nicht in der Lage seien, die Rechte und Interessen der Aktionäre zu wahren.

Das dem Klagegesuch entsprechende Urteil I. Instanz wurde abgeändert und die Klage abgewiesen.

Gründe:

I. Der Artikel 222, bezw. Artikel 190a des H.G.B. in der Fassung des Gesetzes vom 18. Juli 1884, wodurch das schon in der früheren Gerichtspraxis anerkannte Recht der einzelnen Aktionäre, einen Generalversammlungsbeschluß wegen Verletzung des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages anzufechten, geregelt worden ist, findet auch auf die schon vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 18. Juli 1884 in das Handelsregister eingetragenen Aktiengesellschaften, also auch auf die am 31. Januar 1884 eingetragene Aktiengesellschaft Elektrotechnische Fabrik N. Anwendung. Denn das Gesetz vom 18. Juli 1884 will seine Reform nicht auf erst nachher zur Existenz gelangende Gesellschaften beschränken. Es fragt sich nur, ob nicht durch die Anwendung des Gesetzes bereits erworbene Rechte verletzt werden würden. Dies ist aber nicht der Fall, wenn es sich um einen Beschluß handelt, der erst unter der Herrschaft der Novelle vom 18. Juli 1884 gefaßt wurde, wie der in Rede stehende Generalversammlungsbeschluß vom 30. März 1887.

II. Der angefochtene Beschluß der Generalversammlung ist in der Weise zustande gekommen, in welcher nach dem mit Artikel 215 und 242 des H.G.B. in der Fassung der Novelle von 1884 im Einklange stehenden § 42 der Statuten die Ab-

änderung der Statuten, die Auflösung der Gesellschaft, resp. eine Fusion und die Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens beschlossen werden kann.

III. Die Kläger machen nun nicht die Verletzung einer auf die Form der Beschlußfassung bezüglichen Bestimmung des Gesetzes, resp. des Gesellschaftsvertrages geltend; sondern sie behaupten, daß der Beschluß der Generalversammlung seinem Inhalte nach gegen das Gesetz, resp. die Statuten verstoße. Sie machen, indem sie „die Aussicht auf Gewinn in besseren Zeiten sich wahren" wollen und also den Fortbestand der Gesellschaft in der bisherigen Betriebsweise in erster Linie anstreben, geltend, der Vertrag mit der Maschinenfabrik G., wodurch an diese das Geschäft der Elektrotechnischen Fabrik mit allen Aktiven und Passiven um den nominellen Preis von 125000 M. verkauft sei, habe, da nun die Maschinenfabrik das bisher von der Elektrotechnischen Fabrik betriebene Geschäft betreibe, zur Folge, daß die Elektrotechnische Fabrik nicht mehr einem produktiven Zwecke, der zum Begriffe einer Aktiengesellschaft gehöre, und insbesondere nicht mehr ihrem statutenmäßigen Zwecke diene. Als Zweck der Gesellschaft ist in § 3 der Statuten zunächst genannt:

1) Die Herstellung von Dynamomaschinen, elektrischen Bogen-, und Glühlampen, sowie überhaupt aller in das Gebiet der Elektrotechnik gehörigen Gegenstände,

2) die Einrichtung elektrischer Anlagen jeglicher Art und deren Betrieb.

Dabei ist aber in § 3 weiter gesagt: die Gesellschaft darf sich auch bei andern Unternehmungen in jeder Form beteiligen. Ferner ist die Gesellschaft zum Handel in allen Rohstoffen, Halb- und Ganzfabrikaten, welche mit dem Gegenstand ihres Geschäftsbetriebes im Zusammenhang stehen, berechtigt. Wenn nun nach dem Vertrage mit der Maschinenfabrik an diese das ganze Aktiv- und Passivvermögen der Elektrotechnischen Fabrik übertragen wird, und die Maschinenfabrik nunmehr in ihrem Namen und für ihre Rechnung den Geschäftsbetrieb der Elektrotechnischen Fabrik fortsetzt, so ist doch hiemit der Gegenstand

des Unternehmens der letzteren keinenfalls völlig aufgehoben, sondern höchstens abgeändert. Denn die Elektrotechnische Fabrik bleibt mit dem Werte ihres ganzen an die Maschinenfabrik übertragenen Vermögens im Betrage von 125000 M. an dem Betriebe der Maschinenfabrik, welche das bisher von der Elektrotechnischen Fabrik betriebene Geschäft als besonderes Handelsgewerbe fortsetzt, gegen Anteil an Gewinn und Verlust beteiligt. Die Elektrotechnische Fabrik hat von dem durch diesen Betrieb der Maschinenfabrik erzielten Nettogewinn zunächst 125 000 M. zu beanspruchen, und sie partizipiert nach Bezahlung dieses Betrages weiterhin wenigstens auf gewisse Zeit zu einer Quote an dem Gewinne der Maschinenfabrik aus diesem Betriebe. Ist auch die Art der Beteiligung der Elektrotechnischen Fabrik an Gewinn und Verlust eine ungewöhnliche, so kann doch nicht gesagt werden, daß diese Beteiligung bei dem Betriebe der elektrotechnischen Abteilung der Maschinenfabrik nicht dem Zwecke der Elektrotechnischen Fabrik entspreche. Allerdings muß das Unternehmen einer Aktiengesellschaft einen genügend bestimmten Zweck haben. Die Aktiengesellschaft muß aber keineswegs die Hervorbringung von Erzeugnissen durch eigene industrielle oder überhaupt eigene gewerbliche Thätigkeit zu ihrem Zwecke haben. Es ist nicht einmal notwendig, daß eine Produktion ins Auge gefaßt ist. Es ist also vor allem nicht richtig, daß der Vertrag mit der Maschinenfabrik deshalb ungültig sei, weil die Elektrotechnische Aktiengesellschaft durch den Vertrag aufhöre, produktiven Zwecken zu dienen, in eigenem Betriebe zu produzieren. Die Herstellung von elektrotechnischen Gegenständen, die Einrichtung elektrischer Anlagen und deren Betrieb, — was zunächst als Zweck der Gesellschaft in den Statuten genannt ist — läßt sich auch auf andere Weise, als mittels eigener Produktion und eigenen Betriebs bewerkstelligen. Die Frage war zwar bestritten, ob es eine Aenderung des Gegenstandes des Unternehmens sei, wenn eine Aktiengesellschaft statt, um Einkünfte aus einem Unternehmen zu ziehen, dasselbe selbst zu betreiben, den Betrieb des Unternehmens einem Andern für dessen Rechnung gegen eine

feste Vergütung überläßt. Das R.G. Bd. 3, S. 128 hat aber verneint, daß in solchem Falle eine Abänderung des Gegenstandes der Unternehmung vorliege, weil dieser Gegenstand, der darin bestehe, aus dem Betriebe Einkünfte zu ziehen, nicht aber darin, einen Betrieb selbst vorzunehmen, der gleiche bleibe, und nur die Mittel zu Erreichung des unverändert gebliebenen Gesellschaftszweckes eine Aenderung erleiden. Noch weniger kann es als mit dem Gesellschaftszweck unvereinbar angesehen werden, wenn das Unternehmen einer Aktiengesellschaft einem Dritten gegen dessen Verpflichtung überlassen wird, das Geschäft in eigenem Namen und für seine Rechnung fortzubetreiben, an dem durch den Fortbetrieb zu erzielenden Gewinn aber die Aktiengesellschaft partizipieren zu lassen. Darin daß die Elektrotechnische Fabrik in das Verhältnis einer stillen Gesellschafterin zu der Maschinenfabrik getreten ist, kann eine Abänderung des Gegenstandes ihrer Unternehmung auch darum nicht ohne Weiteres gefunden werden, weil in § 3 der Statuten, wie erwähnt, ausdrücklich gesagt ist: „Die Gesellschaft „darf sich auch bei andern Unternehmungen in jeder Form „beteiligen." Hierunter fällt auch die Beteiligung als stille Gesellschafterin. Daß der Gesellschaft solche Beteiligung bei der Unternehmung eines Dritten nur gestattet sei, wenn sie zugleich die Herstellung elektrotechnischer Gegenstände, die Einrichtung und den Betrieb elektrischer Anlagen in eigener Regie bewerkstellige, ist nicht gesagt. Zufolge des § 3 der Statuten in Verbindung mit § 22, wornach mit Genehmigung des Aufsichtsrats der Vorstand zur Auflösung von Fabriken und zur Veräußerung von Immobilien ermächtigt ist, steht es der Gesellschaft vielmehr frei, die Herstellung elektrotechnischer Gegenstände, die Einrichtung elektrischer Anlagen und deren Betrieb in eigener Verwaltung zu besorgen, oder ihren Zweck durch Beteiligung bei andern Unternehmungen zu verfolgen. Würde man aber auch in der Genehmigung des Vertrages mit der Maschinenfabrik eine Abänderung des Gegenstandes der Unternehmung, bezw. eine Abänderung der Statuten finden, so ist doch der Beschluß von der Generalver-

sammlung in derjenigen Vertretung des Aktien-Kapitals und mit derjenigen Majorität gefaßt, welche erforderlich ist, aber auch genügt, um eine solche Abänderung zu beschließen.

IV. Der angefochtene Beschluß alteriert auch nicht, wie die Kläger unter Bezugnahme auf die Entscheidung des R.G. Bd. 3 S. 123 sq. weiter geltend machen, die Organisation der Gesellschaft. Dieselbe wählt ihren Vorstand, wie bisher; derselbe hat dieselben Rechte und Pflichten, wie bisher. Ebenso verhält es sich mit dem Aufsichtsrat. Auch die Befugnisse der Generalversammlung bleiben dieselben. Allerdings mögen die Veranlassungen für den Vorstand der Aktiengesellschaft, für diese in Thätigkeit zu treten, minder zahlreich, und die Geschäfte, die er für die Gesellschaft künftighin vorzunehmen haben wird, nur wenige sein. Auch die Thätigkeit des Aufsichtsrats wird sich faktisch auf weniger zahlreiche Vorgänge erstrecken (was aber auch bei einer Einschränkung des eigenen Betriebs der Gesellschaft der Fall hätte sein können). Ebenso verhält es sich mit der Thätigkeit der Generalversammlung. Allein ihrem Inhalte und rechtlichen Umfange nach sind die Funktionen dieser Organe unverändert und unbeschränkt. Dieselben sind rechtlich ebenso unabhängig, wie bisher. Insbesondere sind die den Organen der Gesellschaft bezüglich der Verwaltung und Beaufsichtigung an sich zukommenden Rechte und Pflichten der Maschinenfabrik gegenüber gewahrt.

V. Ob der Vertrag mit der Maschinenfabrik insbesondere im Hinblick auf die derselben eingeräumte Berechtigung, vor Ablauf der 10jährigen Vertragsdauer durch Zahlung einer Abfindungssumme von dem Vertrage sich zu befreien, oder nach Ablauf des zweiten Bilanzjahres den Betrieb der elektrotechnischen Abteilung einzustellen (in welchem Falle die Ansprüche der Elektrotechnischen Fabrik an die Maschinenfabrik erlöschen und jener nur die Berechtigung zustehen soll, auf Grund der letzten Bilanz, resp. des letzten Inventars das Geschäft wieder zu übernehmen) für die Elektrotechnische Fabrik vorteilhaft oder zweckmäßig ist, oder nicht, hat dahingestellt zu bleiben. Das Recht, das der einzelne Aktionär im Wege des cit. Art. 190a



verfolgen kann, geht nur dahin, daß der Gesellschaftswille innerhalb der Grenzen bleibt, welche das Gesetz und das Statut ziehen. Zum Beschlusse von Maßregeln vom Standpunkte der Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit aus sind dagegen lediglich die Organe der Gesellschaft berufen; der einzelne Aktionär kann hierauf nur in der Generalversammlung durch seine Stimme einwirken; ein Klagerecht hat er aber hierwegen nicht [1]).

VI. Die Kläger machen, während sie in erster Linie, wie erwähnt, den Fortbestand der Gesellschaft mit dem bisherigen Betriebe anstreben, eventuell geltend, der Beschluß der Generalversammlung verletze das Gesetz, bezw. die Statuten, weil durch den Vertrag mit der Maschinenfabrik, soferne dadurch an diese das ganze Aktiv- und Passivvermögen der Elektrotechnischen Fabrik übertragen werde, diese Gesellschaft aufgelöst sei, nach diesem Vertrage aber zugleich eine andere Art der Liquidation, als die nach der zwingenden Vorschrift des Art. 244 des H.G.B. allein zulässige Liquidation einer aufgelösten Aktiengesellschaft eintreten würde. Daß der Vertrag mit der Maschinenfabrik nicht eine (verschleierte) Fusion (von welcher Art der Auflösung die von dem vorigen Richter angezogene Entscheidung des R.O.H.G. Bd. 14 S. 361 spricht) in sich schließt, ergibt sich daraus, daß die Elektrotechnische Fabrik keineswegs gegen Gewährung von Aktien der Maschinenfabrik an diese ihre Aktiven und Passiven überträgt, in welchem Falle der Art. 247 des H.G.B. zur Anwendung zu kommen hätte. Der Verkauf des Geschäfts der Aktiengesellschaft aber hat, falls man den Vertrag mit der Maschinenfabrik nicht als bloßen Societätsvertrag, sondern als Verkauf des Geschäftes in Verbindung mit einem Societätsvertrag, oder als Verkauf mit einer (in der Gewährung eines Gewinnanteils aus dem Geschäftsbetrieb der Maschinenfabrik bestehenden) Gegenleistung auffassen müßte, nicht von selbst die Auflösung der Aktiengesellschaft zur Folge. Zwar wurde in der Kommission für die Ausarbeitung des allgemeinen deutschen Han-

1) cf. R.G. in Seuffert, Archiv. Bd. 37 Nr. 55 S. 83.

delsgesetzbuchs beantragt, den Fall des Vermögensverkaufs der Aktiengesellschaft dem Art. 215 Abs. 2 des H.G.B. in der ursprünglichen Fassung desselben (Art. 180 Abs. 2 des Entw.) zu unterwerfen (Protokolle der Kommission S. 363). Allein eben daraus, daß dieser Antrag auf erhobenen Widerspruch zurückgezogen wurde (Prot. l. c.), ergibt sich, daß der Verkauf des Vermögens nicht als Auflösung der Gesellschaft aufgefaßt wurde, wie denn auch der Verkauf des Geschäftes im Handelsgesetzbuch nicht als Auflösungsgrund genannt wird. Allerdings kann in dem den Verkauf des Geschäftes genehmigenden Beschlusse einer Generalversammlung die Absicht der Auflösung sich aussprechen; und in diesem Sinne sagt Puchelt, Comm., 3. Aufl. Bd. I. S. 446 Note 3: „Der Verkauf des Geschäfts gegen Geldzahlung fällt als eine Art der Auflösung unter Art. 242 Z. 2 des H.H.B.", welcher besagt: „Die Aktiengesellschaft wird aufgelöst: Z. 2 durch Beschluß der Generalversammlung rc."

Der Verkauf bildet also nicht einen ipso jure wirkenden Auflösungsgrund. Wenn allerdings der auf den Verkauf gerichtete Beschluß der Generalversammlung unter Umständen die Absicht der Auflösung und einen Auflösungsbeschluß involvieren kann, so ist doch eine solche Auffassung im vorliegenden Falle unzuläßig, in welchem der Verkauf die Auflösung der Gesellschaft abwenden sollte, und von der Generalversammlung vielmehr beabsichtigt wird, den Gesellschaftszweck (sei es den ursprünglichen mit andern Mitteln, oder den abgeänderten) fernerhin zu verfolgen.

Auch der Fortfall des Gegenstandes der Unternehmung der Aktiengesellschaft hat nicht von selbst die Auflösung derselben zur Folge. Die Auflösung tritt nicht von selbst ein, wenn der Gegenstand der Unternehmung auch definitiv unmöglich geworden, bezw. die Erreichung des Zweckes vereitelt ist, wie das R.G. in der Entscheidung vom Jahr 1881 in Blum's Annalen Band 4 S. 229 (Seuffert, Archiv. Bd. 37 No. 55) ausgeführt hat. Auch die offene Handelsgesellschaft wird, wenn durch äußere Umstände die Erreichung des gesell-

schaftlichen Zweckes unmöglich wird, nicht von selbst aufgelöst. Es kann vielmehr nur in solchem Falle von einem Gesellschafter gegen den andern die Auflösung beantragt werden. H.G.B. Art. 125. Eine Klage auf Auflösung hat in solchem Falle auch dem einzelnen Aktionär die Praxis vor der Novelle vom 18. Juli 1884 zugestanden. Der erste Entwurf der Novelle[1]) enthielt auch einen Art. 242a des Inhalts: „Die „Auflösung (der Aktiengesellschaft) durch richterliches Urteil „findet statt, wenn die Erreichung des Gesellschaftszweckes un„möglich wird, oder wenn andere wichtige Gründe vorliegen." Allein auch diese Bestimmung blieb aus dem 2. Entwurfe und aus dem Gesetze weg. Die Motive begründen dies damit, daß im einzelnen Fall nur die Generalversammlung die Entscheidung treffen könne, ob die Auflösung zweckmäßig zu beschließen sei[2]).

VII. Davon, daß eine Auflösung ipso jure eingetreten wäre, kann hienach keinenfalls die Rede sein. Es bedarf deshalb auch keiner Prüfung, ob auch eine andere Art der Auseinandersetzung, als die im Wege der Liquidation nach Art. 241 des H.G.B., beschlossen werden könnte, wie dies bei der offenen Handelsgesellschaft dem Art. 133 sq. gegenüber möglich ist[3]), weil die Gesellschaft eben nicht aufgelöst ist.

VIII. Dem Ausgeführten zufolge sind unter Abänderung des erstrichterlichen Urteils die Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts vom 30. Dezember 1887 in Sachen der Elektrotechnischen Fabrik zu N. c. F. u. Str.[4]).

1) Busch, Arch. Bd. 19 S. 48, 49 und S. 364 fg.

2) Stenogr. Berichte des Reichstags v. 1884 Beil. Bd. 3 S. 338.

3) R.O.H.G. Bd. 24 S. 144.

4) Die Revision gegen dieses Urteil wurde von dem Reichsgericht verworfen.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

B. in Straffachen.

1.

Reale oder ideale Konkurrenz zwischen Hausfriedensbruch, Körperverletzung und Bedrohung?
St.G.B. §§ 123. 223. 241. 74. 73. Str.-Senat 29. Mai 1889. U.S. gegen K. Fr. Sch. von S. Nr. 159 von 1889.

Das Berufungsgericht hatte festgestellt, daß der Angeklagte am 23. Februar 1889 zu S. 1) in die Wohnung des A. B. widerrechtlich, „um nämlich der Ehefrau des B. Schläge zu geben", eingedrungen sei, auch aus dieser Wohnung, worin er ohne Befugnis verweilte, auf die mehrfache Aufforderung der hierzu berechtigten Frau B. sich nicht entfernt, 2) sofort nach seinem Eintritt ins Haus im Oehrn der B.'schen Wohnung die Frau B. durch den Zuruf: „ich bringe Sie um, ich mache Sie kalt!" mit der Begehung eines Verbrechens wider das Leben bedroht und im Anschluß daran 3) die B. vorsätzlich und rechtswidrig durch Schläge mit der Hand u. s. w. körperlich mißhandelt und an der Gesundheit beschädigt habe.

Die Revision des Angeklagten gegen das in Uebereinstimmung mit dem Strafurteil I. Instanz auf der Annahme der Selbständigkeit der betreffenden Handlungen beruhende Berufungsurteil rügte Verletzung des Strafgesetzes durch rechtsirrtümliche Anwendung des § 74 und Nichtanwendung des § 73 des St.G.B. und machte geltend, daß nach der getroffenen Feststellung das Vorgehen des Angeklagten als eine einheitliche, lediglich seiner von Anfang an auf Körperverletzung gerichteten Absicht zur Verwirklichung dienende, sonach unter § 73 fallende Handlung erscheine.

Die Revision wurde verworfen.

Aus den Gründen:

Die geltend gemachte Einheit der Absicht ist nur in dem

für die Einheit der Handlung nicht maßgebenden Sinne vorhanden, daß die vom Angeklagten geplante Körperverletzung behufs ihrer Ermöglichung für ihn den Beweggrund zur Begehung eines Hausfriedensbruchs gebildet hat. Weiterhin kann es jedenfalls darauf nicht ankommen, daß die Akte des Eindringens, Bedrohens, Mißhandelns in unmittelbarer Aufeinanderfolge begangen sind. Allerdings hat nun festgestelltermaßen der Angeklagte die beiden letzteren Rechtsverletzungen ausgeführt, während er durch sein unberechtigtes Verweilen in dem durch das Eindringen verübten Hausfriedensbruch verharrte. Allein trotz dieser teilweisen Gleichzeitigkeit der Begehung ist keine Willensbethätigung festgestellt, die aus dem Thatbestande des Hausfriedensbruchs in denjenigen der Bedrohung oder der Körperverletzung, beziehungsweise aus dem Thatbestand des einen der beiden letzteren Vergehen in denjenigen des andern übergriffe. Insbesondere ist nicht etwa durch die getroffene Feststellung die auf Begehung einer Körperverletzung gerichtete Absicht des Angeklagten, indem der Berufungsrichter sie zum Beweis der Widerrechtlichkeit des Eindringens heranzieht, ein Thatbestandsmoment des Hausfriedensbruchs geworden. Ebensowenig berührt das Eindringen und Verweilen, das Ausstoßen von Drohworten den Thatbestand der Mißhandlung. Somit würden, da keiner der verschiedenen Thätigkeitsakte des Angeklagten unter mehrere Thatbestände fällt, durch die Anwendung nur eines der verletzten Strafgesetze die den beiden anderen Reaten zufallenden Akte gar nicht getroffen.

Wenn unter solchen Umständen der Vorrichter zu der allerdings nicht ausschließlich dem Gebiete thatsächlicher Würdigung angehörigen, sondern zugleich die Rechtsfrage betreffenden Annahme einer Mehrheit von selbständigen Handlungen gelangt ist, so erscheint die Rüge nicht begründet, daß dieser Ausspruch auf eine Verkennung der Begriffe „Handlungseinheit“ und „Handlungsmehrheit“ zurückzuführen sei.

2.

Verteidigung im Vorverfahren. Gebührenordnung für Rechtsanwälte §§ 67 und 70.

a. **Beschluß des Straffenats vom 22. Juni 1889 in U.S. gegen W. St. von B. wegen Körperverletzung. U. 170.**

Der Rechtsanwalt — in St. wurde nach Einlauf der das Hauptverfahren vor dem Schwurgericht beantragenden Anklageschrift gemäß § 199 der Str.P.O. zum Verteidiger des Angeschuldigten am 11. März 1889 bestellt und hat auch in dem folgenden Hauptverfahren vor dem Schwurgerichte die Verteidigung geführt. Am 15. März gab der Verteidiger die Akten nach davon genommener Einsicht mit einer Eingabe zurück, worin er unter Bezugnahme auf eine schriftliche, aber noch nicht beantwortete Anfrage an den verhafteten Angeschuldigten wegen etwaiger weiterer Beweismittel erklärte, daß er, um die Sache nicht aufzuhalten, eine Verlängerung der (nach § 199 cit. erteilten) Frist nicht nachsuche, sondern dem richterlichen Ermessen anheimgebe, ob nicht der eine oder andere bereits in der Voruntersuchung vernommene Zeuge von Amtswegen auf die Zeugenliste gesetzt werden solle, und sich die nachträgliche Ladung von Zeugen vorbehalte. Am 18. März erfolgte der Beschluß auf Eröffnung des Hauptverfahrens vor dem Schwurgericht, welchem vor der Hauptverhandlung eine an den Vorsitzenden des Schwurgerichts gerichtete Eingabe des Verteidigers vom 27. März mit dem Antrag auf Ladung mehrerer Zeugen zur Hauptverhandlung folgte. Der Verteidiger rechnete unter Bezugnahme auf seine Thätigkeit im Vorverfahren (Studium der Akten, Fertigung von Aktenauszügen, den schriftlichen Verkehr mit dem Angeschuldigten und Besprechung, welche er mit einem Angehörigen des Angeschuldigten behufs Eruierung weiterer Beweismittel vor dem Eröffnungsbeschlusse gepflogen) als Prozeßgebühr im Vorverfahren 20 M. an, wobei er anfügte, daß es ihm faktisch nicht möglich gewesen, innerhalb der kurzen, dem Angeschuldigten nach § 199 der St.P.O. erteilten Frist Beweisanträge zu stellen, daß dies

6 *

übrigens an sich rechtlich unerheblich sei. Durch Beschluß der Strafkammer des K. Landg. St. wurde die Anrechnung für Verteidigung im Vorverfahren für unzuläßig erklärt, indem dieselbe erwog, daß die Geb.O. für R.-Anw. nach dem in § 70 zum Ausdruck gebrachten Grundsatz regelmäßig die gesamte vorbereitende Thätigkeit des Rechts-Anwalts in Beziehung auf ein ausgeführtes Geschäft durch die für dieses Geschäft bestimmte Bauschgebühr vergütet wissen wolle, daß daher eine vor Eröffnung des Hauptverfahrens entwickelte Thätigkeit des Verteidigers nicht notwendig und namentlich nicht in dem Falle die Gebühr des § 67 der Geb.O. für R.-Anw. begründe, wenn sie gar nicht auf das Vorverfahren, sondern lediglich auf Verteidigung in der nachfolgenden Hauptverhandlung gerichtet sei, und daß die dem Eröffnungsbeschluß vorangegangene Eingabe des Verteidigers ausgesprochenermaßen sich nur auf das Hauptverfahren bezogen habe, daher unter die Gebühr des § 63 der Geb.O. für R.-Anw. falle. Die von dem Verteidiger hiegegen erhobene Beschwerde verwarf der, mit der Begründung des angefochtenen Beschlusses im wesentlichen einverstandene Strafsenat, wobei derselbe aussprach, es könne für die Entscheidung dem Umstande eine Bedeutung nicht beigelegt werden, daß die Untersuchungshaft des Angeschuldigten und die Kürze der gemäß § 199 der St.P.O. zur Erklärung auf die Anklageschrift erteilten Frist die Vornahme einer die Verteidigung im Vorverfahren bezweckenden Handlung erschwert habe.

b. Beschluß des Strafsenats vom 22. Juni 1889 in U.S. gegen K. M. von M. wegen Notzucht (U. 169).

In dieser schwurgerichtlich abgeurteilten Sache erfolgte die Bestellung des Rechtsanwalts — in St. zum Verteidiger in demselben Prozeßabschnitte, wie in dem obigen Fall a, am 27. Dezember 1888. In einer dem Eröffnungsbeschluß vom 7. Januar 1889 vorhergehenden Eingabe vom 2. Januar hatte der Verteidiger unter Zurückgabe der ihm zur Einsicht gestellten Untersuchungsakten erklärt, daß er eine Einwendung gegen die

Eröffnung des Hauptverfahrens nicht erhebe, und beantragt, zur Hauptverhandlung einen weiteren Sachverständigen zu laden („zu hören und eventuell zur Hauptverhandlung zu laden“). Den gedachten Antrag lehnte der Vorsitzende des Schwurgerichts ab. Auch in diesem Fall wurde durch Beschluß der Strafkammer vom 14. Mai 1889 die von dem Verteidiger für Vertretung im Vorverfahren angerechnete Gebühr von 20 M. aus denselben Erwägungen, wie im vorhergehenden Fall, gestrichen, unter Bezugnahme insbesondere darauf, daß die Eingabe des Verteidigers vom 2. Januar ausdrücklich eine Einwendung gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens nicht erhebe und nur auf Verteidigung in diesem sich beziehe, daher von der Gebühr des § 63 der G.O. für R.-Anw. umfaßt werde. Der Verteidiger beschwerte sich hiegegen; er machte namentlich unter Bezugnahme auf die Fassung des § 70 der G.O. für R.Anw. geltend, daß eine prozessualisch und zeitlich in das Vorverfahren fallende Thätigkeit nicht von der Gebühr für das Hauptverfahren absorbiert werde, sowie, daß er in dem Verfahren vor dem Eröffnungsbeschluß die Akten mit Rücksicht auf etwaige Anträge im Sinn des § 199 der St.P.O. geprüft und nur dies in seiner Eingabe hervorzuheben nicht für angemessen erachtet habe. Der Strafsenat verwarf die Beschwerde, indem er unter Bezugnahme auf seine schon früher (Entscheidung vom 22. Juni 1887, in Jahrb. der W. Rechtspflege Bd. I, S. 199) gegebene Auslegung der Bestimmung des § 70 der G.O. für R.Anw. die Begründung der angefochtenen Entscheidung billigte.

3.

Zur Frage des Verbots einer im Rechtshilfeweg vorzunehmenden Handlung. Ger.Verf.Ges. §§ 159 und 160.

Beschluß des Strafsenats vom 21. Dezember 1889 in der Strafsache gegen F. W. von U. wegen Unterschlagung (U. 370).

Das K. Amtsgericht N. hatte durch Beschluß vom 29. November 1889 das Hauptverfahren gegen den Angeschuldigten

eröffnet und zu der Hauptverhandlung den Zeugen F. Sch. von H. O.-Amts O. geladen. Der Zeuge hat mit Rücksicht auf am Tage des Verhandlungstermins von ihm vorzunehmende Berufsgeschäfte um Terminverlegung, worauf das Amtsgericht N. die kommissarische Vernehmung des Zeugen durch das A.G. O. gemäß § 222 Abs. 2 der St.P.O. anordnete. Das A.G. O. lehnte das Ersuchen ab, weil die Entfernung zwischen H. und N. keineswegs als eine das Erscheinen des Zeugen besonders erschwerende erscheine, wie auch der Zeuge selbst nicht auf große Entfernung für sein Nichterscheinen sich berufen habe, somit nach dem Erachten des ersuchten Richters das gestellte Ersuchen weder durch § 222 Abs. 2 der St.P.O. begründet, noch mit dem der St.P.O. zu Grund liegenden Prinzip der Unmittelbarkeit vereinbar erscheine. Das A.G. N. beharrte auf seinem Ersuchen, indem es geltend machte, daß seine aus besonderen Gründen der Zweckmäßigkeit erfolgte Anordnung einer Kritik des ersuchten Richters nicht unterstehe, und stellte darauf, da auch das A.G. O. sich zu einer anderen Auffassung des § 159 Abs. 2 des Ger.Verf.Ges. nicht entschließen konnte, den Antrag auf Entscheidung gemäß § 160 des G.V.G.

Der Straffenat sprach sich in einem Erlaß an das Amtsgericht N. folgendermaßen aus: Wenn das Amtsgericht N. — anstatt den Zeugen Sch. in die schöffengerichtliche Hauptverhandlung zu laden — unter Bezugnahme auf § 222 der St.P.O. die Vernehmung desselben durch den ersuchten Richter seines Wohnorts anordnen will, so ist selbstverständlich vorausgesetzt, daß dasselbe einen der in jenem Gesetzesparagraphen bezeichneten Fälle als zutreffend erachtet, und es ist dem Amtsgerichte N. darin beizupflichten, daß es alsdann dem ersuchten Richter nicht zusteht, deshalb das Ersuchen abzulehnen, weil nach seiner Auffassung der gegebenen Umstände keine der Voraussetzungen der fraglichen Anordnung vorliegt. — Allein es ist das Bedenken nicht ausgeschlossen, ob es auch jetzt noch die Anschauung des jenseitigen Gerichtes ist, daß einer der in § 222 der St.P.O. angeführten Fälle zutreffe, indem dasselbe in seinem Antrag auf Entscheidung des Oberlandesgerichts die

dem Amtsgerichte O. angesonnene Amtshandlung als einen mit Rücksicht auf Kostenersparnis und in der Erwägung der „Geringfügigkeit des Gegenstandes“ gewählten „Ausweg“ bezeichnet, worunter wohl etwas der fraglichen gesetzlichen Maßregel Aehnliches, aber nicht notwendig sich mit dieser Deckendes zu verstehen, worin also jedenfalls nichts zweifellos Klares zu finden ist. — Demnach kann ein Anlaß zu einer Entscheidung im Sinn des § 160 des G.V.G. zur Zeit nicht als vorliegend erachtet werden. Es ist vielmehr zunächst dem A.G. R. anheimgegeben, in nochmalige Erwägung zu ziehen, ob die vorliegenden Umstände geeignet sind, eine Grundlage für die Annahme abzugeben, daß eine der Voraussetzungen des § 222 der St.P.O., insbesondere die (hier allein in Betracht kommende) in Abs. 2 daselbst, daß nämlich das Erscheinen des Zeugen Sch. in der Hauptverhandlung wegen großer Entfernung erschwert sein würde, gegeben sei, oder ob nicht vielmehr die Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung der Sachlage mehr entsprechen würde.

4.

Schutz des § 193 des St.G.B. bei Wahrnehmung fremder Interessen.

Urteil des Strafsenats vom 29. Jan. 1890 in der Privatklagesache des B. H. von A. gegen K. R. von R. (H. 21. v. 1890).

Der Angeklagte, Ortsvorsteher in R., hatte in einer Zuschrift an das Kommando eines Regiments, bei welchem der der Gemeinde R. Angehörende D. als Soldat diente, mit Bezug darauf, daß dieser Soldat dem Privatkläger Auftrag zur Verwaltung seines Vermögens erteilt hatte, vor den Folgen dieses Auftrags gewarnt, indem er Thatsachen mitteilte, welche den Privatkläger als einen abwirtschaftenden Haushälter darstellten, welche übrigens nicht erwiesen wurden, jedoch nicht wider besseres Wissen behauptet waren. Das Berufungsurteil sprach frei, indem es annahm, daß der Angeklagte die Aeußerung nur

zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gethan habe, wobei es davon ausgieng, daß zwar aus der Stellung eines Ortsvorstehers die Verpflichtung oder Berechtigung des Angeklagten zu seinem Handeln nicht herzuleiten sein möge, daß ihm aber nicht zu verwerfen sei, er habe sich in seiner Eigenschaft als Ortsvorsteher hiezu für berechtigt und verpflichtet gehalten.

Die Revision des Privatklägers, welche u. A. geltend machte, der Angeklagte sei in keinem solchen Verhältnis zu dem Soldaten D. gestanden, welches ihn berechtigt hätte, sich in dessen Vermögensangelegenheiten zu mischen, wurde verworfen.

Aus den Gründen:

Wenn die Revision davon ausgeht, daß derjenige, der berechtigte Interessen eines Andern ohne dessen Auftrag wahrnehmen wolle, selbst ein ihn hiezu berechtigendes Interesse gehabt haben müsse, um den Schutz des § 193 des St.G.B. zu genießen, so ist dies irrig, denn damit wird nichts anderes als der dem Gesetze fremde Satz aufgestellt, daß nur die Wahrnehmung eigener Interessen unter jenem Schutz stehe. — — — — Wenn insbesondere der Vorrichter unentschieden läßt, ob die Ansicht des Angeklagten von seiner Berufsstellung als Ortsvorsteher eine irrige war, so kommt dies deshalb nicht in Betracht, weil diesfalls bloß der ganz gleichgültige Umstand des Beweggrundes zu einem eine formale Berechtigung nicht voraussetzenden Eingreifen in fremde Angelegenheiten in Frage ist.

5.

Revision wegen Verletzung der Vorschrift des § 420 d. St.P.O. Beschluß des Strafsenats vom 8. Febr. 1890 in der Privat-Klage-Sache des El. K. von C. gegen F. W. von da wegen Beleidigung (Num. 30 von 1890).

Die erhobene Privatklage betraf zwei Beleidigungen; die zweite war bei dem auf die erste bezüglichen Sühneversuch

begangen worden. Verurteilung des Angeklagten war in erster Instanz nur wegen der zweiten Beleidigung erfolgt. Die Berufung des Angeklagten hatte geltend gemacht, daß nur mit Bezug auf die erste Beleidigung der Sühneversuch vorgenommen worden sei, daß also ein solcher für das Verfahren, soweit es die zweite Beleidigung betreffe, fehle, worauf vor der Hauptverhandlung zweiter Instanz auf klägerischen Antrag an die Vergleichsbehörde der Sühneversuch bezüglich der zweiten Beleidigung nachgeholt wurde, aber ohne Erfolg. Das Berufungsgericht ging davon aus, daß Nachholung des Sühneversuchs wesentlich, aber auch für das anhängige Verfahren wirksam sei, und verurteilte gleichfalls wegen der zweiten Beleidigung. Die Revision rügte Verletzung der Vorschrift des § 420 d. St.P.O., indem sie (übrigens ohne Anfechtung der Wirksamkeit des gestellten Strafantrags) der stattgehabten Nachholung des Sühneversuchs Bedeutung nur für eine neu anzubringende Klage, nicht aber für das schon anhängige Verfahren beilegte; sie wurde aber, als die Bestimmungen über Begründung der Revisionserträge nicht beobachtend, durch Beschluß gemäß § 389 in Verbindung mit §§ 380 u. 384 der St.P.O. als unzulässig verworfen [1]).

6.

Wann beginnt im Privatklageverfahren für den Angeklagten, wenn die Verkündung des Urteils nicht in seiner Anwesenheit stattgefunden hat, die Frist zur Einlegung der Berufung (bezw. der Revision)?

St.P.O. § 427. 355 (381).

Straffenat, Beschluß vom 9. Oktober 1889. Privatklagesache M. K. in C. gegen A. L. v. H. in L. wegen Beleidigung. Nr. 279 von 1889.

Der Angeklagte hatte sich in der Hauptverhandlung vor dem Schöffengericht zu C. auf Grund schriftlicher Vollmacht

1) Zu vergl. Jahrb. Bd. I, S. 184, Bd. II. S. 13 ff. A. d. E.

durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen, in dessen Anwesenheit das Urteil am 23. Juli 1889 verkündet wurde; worauf am 31. Juli seitens des Angeklagten, nachdem ihm am 27. das Urteil zugestellt worden war, eine schriftliche Berufungseinlegung bei dem Amtsgerichte C. einkam. Die Ferienkammer des Landgerichts St. als Strafkammer verwarf mit Beschluß vom 26. Aug. 1889 die Berufung als verspätet eingelegt und darum unzulässig, mit folgender Begründung:

Mit der Bestimmung des § 355 der St.P.O., wonach die Berufung binnen einer Woche nach Verkündung des Urteils eingelegt werden muß, und wonach ferner, falls die Verkündung nicht in Anwesenheit des Angeklagten stattgefunden hat, für diesen die Frist mit der Zustellung beginnt, wie mit der gleichlautenden des § 381 zum Rechtsmittel der Revision, sei lediglich die allgemeine Regel des § 35 der St.P.O. zur Anwendung gebracht, nach welcher Entscheidungen, die in Anwesenheit der davon betroffenen Person ergehen, durch Verkündung, andere Entscheidungen aber durch Zustellung bekannt gemacht werden, ohne daß hiemit zugleich darüber, unter welchen Voraussetzungen eine Person als anwesend zu gelten habe, eine Vorschrift habe erlassen werden sollen; vergl. Mot. zu § 381 (Entw. 302), wo auf § 267 (Entw. 226), und zu § 267, wo auf § 35 (Entw. 29) verwiesen sei. Auch die ausdrückliche Erwähnung der Bekanntmachungsart durch Zustellung in § 355 (und § 381) im Unterschied von § 267, wo die im Entwurf aufgenommene Vorschrift, daß dem nichtanwesenden Angeklagten das Urteil zuzustellen sei, als überflüssig weggelassen worden sei (Hahn, Mat. B. 3, S. 1498), erkläre sich zur Genüge damit, daß eine mündliche Verkündung am Schluß der Hauptverhandlung ohne Rücksicht auf Anwesenheit oder Abwesenheit der Parteien stattzufinden habe, und daß deshalb zu Beseitigung aller Unsicherheit eine ausdrückliche Bestimmung über den Beginn der Rechtsmittelnotfrist gegenüber von Abwesenden unumgänglich gewesen sei. Indem im Privatklageverfahren durch § 418 der Str.P.O. für den Kläger und durch § 427 für den Angeklagten eine Vertretung in der Haupt-

verhandlung durch einen Bevollmächtigten ohne Einschränkung zugelassen sei, und da weiterhin die Urteilsverkündung anerkanntermaßen einen Bestandteil der Hauptverhandlung bilde, erstrecke diese Stellvertretung sich auch auf die Urteilsverkündung, so zwar daß der Angeklagte durch den Stellvertreter bei dieser anwesend sei.

Von diesem Falle der Stellvertretung wesentlich unterschieden sei diejenige Vertretung oder Verteidigung, welche in der St.P.O. nach erfolgter Entbindung vom persönlichen Erscheinen (§ 233) und im Abwesenheitsverfahren (§ 322, 324, 474) zugelassen werde, und es gestatte deshalb insbesondere das, was im letzteren Verfahren als rechtens anzunehmen sei, keine Anwendung auf die Vertretung im Privatklageverfahren.

Die gegenteilige Annahme, namentlich Löwes (Komm., zu §§ 267, N. 7. 355, N. 6. 425, N. 2. 427, N. 7.) habe im Gesetz selbst den erforderlichen Ausdruck jedenfalls nicht gefunden; sie würde auch zu einer Rechtsungleichheit zwischen dem Privatkläger und dem Privatbeklagten führen, wofür in der Einrichtuug des Privatklageverfahrens ein Grund nicht gegeben erscheine.

Hienach habe für den Angeklagten die Notfrist mit dem Tag der in Anwesenheit seines Vertreters erfolgten Urteilsverkündung, 23. Juli, begonnen und mit dem 30. Juli geendigt, woran der Umstand, daß das Urteil dem Angeklagten zum Ueberfluß am 27. Juli auch noch zugestellt worden sei, nichts zu ändern vermöge.

Auf die von dem Angeklagten wider diesen Beschluß der Ferienkammer erhobene sofortige Beschwerde wurde die angefochtene Entscheidung aufgehoben und die Strafkammer des Landgerichts angewiesen, das Berufungsverfahren einzuleiten.

Aus den Gründen:

Die Gründe, worauf das Berufungsgericht seine Ansicht stützt, können nicht für zutreffend erachtet werden. Es ist zwar richtig, daß das Verfahren auf erhobene Privatklage durch den Gesetzgeber in einigen Beziehungen eine dem Civilverfahren ähnliche Gestalt erhalten hat, und daß diese Verwandt-

schaft unter anderem darin hervortritt, daß es in der Regel von den Parteien abhängt, ob sie ihre Rechte selbst wahrnehmen oder durch einen Rechtsanwalt ausüben lassen wollen [1]).

Allein dafür, daß diese Anlehnung an den Civilprozeß bis zu der von dem Berufungsrichter aufgestellten Fiktion reiche, gibt weder das Gesetz selbst noch seine Entstehungsgeschichte irgend einen Anhaltspunkt. Vielmehr ist überall, wo die St.Pr.O. von der Anwesenheit des Angeklagten spricht, hierunter dessen persönliche Anwesenheit zu verstehen.

Das Berufungsgericht kommt auch durch seine Auslegung des § 427 in die eigentümliche Lage, einräumen zu müssen, daß die Folgerung, die es aus dem Begriff der Stellvertretung im Privatklageverfahren ableitet, für andere Fälle, in welchen die St.Pr.O. eine Vertretung des Angeklagten zuläßt, nicht zu ziehen sei, wodurch in das Gesetz ohne Not eine doppelte Bedeutung des Begriffs „Anwesenheit des Angeklagten" hineingetragen wird. Schließlich hat die Ferienkammer zur Unterstützung ihrer Auslegung des Gesetzes noch angeführt, daß eine gegenteilige Annahme auch zu einer Rechtsungleichheit zwischen dem Privatkläger und dem Privatbeklagten führen würde, für welche in der Einrichtung des Privatklageverfahrens ein Grund nicht gegeben erscheine. Dem entgegen ist darauf hinzuweisen, daß gerade umgekehrt der Gesetzgeber in den §§ 418 und 427 eine solche Rechtsungleichheit zwischen den Parteien ausdrücklich statuiert hat; eine Anordnung, welche in der grundsätzlichen Verschiedenartigkeit der beiderseitigen Stellung des Anklageorgans und des Angeklagten im Strafprozeß auch wohlbegründet ist.

---

1) Motive zu §§ 358—363 des Entwurfs (§§ 418—428 des Gesetzes) bei Hahn, Materialien, 3. Band, 1. Abteil. S. 279 u. 280.

7.

Vergehen der Verübung beſchimpfenden Unfugs in einer Kirche oder Uebertretung der Verübung groben Unfugs? St.G.B. § 166. 360, Z. 11.

Straſſenat. Beſchluß vom 22. Mai 1889 g. E. K. v. Sch. u. Gen. Nr. 150 von 1889.

Die Staatsanwaltſchaft N. hatte gegen drei ledige Burſche aus Sch. die Eröffnung des Hauptverfahrens vor der Strafkammer des Landgerichts wegen Vergehens in Beziehung auf die Religion, St.G.B. § 166. 47, beantragt. Dieſelben waren beſchuldigt, an einem Sonntag im März 1889 zu Sch. in gemeinſchaftlicher Ausführung der That in der dortigen evangeliſchen Pfarrkirche während des Nachmittagsgottesdienſtes durch Biertrinken und lautes Lachen beſchimpfenden Unfug verübt zu haben.

Die Strafkammer erblickte in der Handlung der Angeklagten, wie ſie ſich ihr nach dem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens darſtellte, bloß den Thatbeſtand des groben Unfugs und eröffnete gegen dieſelben das Hauptverfahren vor dem Schöffengerichte zu F.

Der Beſchluß war dahin formuliert: die Angeſchuldigten ſeien hinreichend verdächtig, durch das Biertrinken, wobei ſie in Aergernis erregender Weiſe laut gelacht und geſprochen hätten, in der Kirche „wenn auch nicht dieſe geradezu beſchimpfenden, ſo doch ſonſt groben Unfug verübt und in ungebührlicher Weiſe ruheſtörenden Lärm erregt" zu haben.

Auf die ſofortige Beſchwerde der Staatsanwaltſchaft wider dieſen Beſchluß verfügte der Straſſenat, unter Aufhebung der angefochtenen Entſcheidung, gegen die drei Angeſchuldigten die Eröffnung des Hauptverfahrens vor der Strafkammer wegen eines Vergehens in Beziehung auf die Religion, St.G.B. § 166, letzter Fall, und § 47.

Das Beſchwerdegericht ſtützte dieſe Entſcheidung auf die Erwägung:

„daß nach dem Ergebnis der angestellten Ermittlungen die Angeschuldigten hinreichend verdächtig seien, in gemeinschaftlicher Ausführung der That am Sonntag den 10. März 1889 in der Ortskirche zu Sch. beschimpfenden Unfug dadurch verübt zu haben, daß sie während des Nachmittagsgottesdienstes auf der Empore aus einem von ihnen aus dem Wirtshause mitgebrachten großen Bierglase (sog. „Liesel") unter Schwatzen und Lachen Bier tranken, eine Handluug, welche — wie den Angeschuldigten bewußt gewesen — auch wenn das Trinken selbst von Niemanden aus der Gemeine bemerkt worden sein sollte, doch in ihrer äußeren Erscheinung und nach ihrer objektiven Beschaffenheit, nämlich eben dadurch, daß sie in der Kirche während des Gottesdienstes vorgenommen wurde, geeignet war, Verachtung der dem religiösen Gefühle geheiligten Stätte der Gottesverehrung kundzugeben und ebendamit jenes Gefühl gröblich zu verletzen."

Durch Urteil der Strafkammer vom 7. Juni 1889 wurden in der Folge die Angeklagten nur einer Uebertretung der Verübung groben Unfugs für schuldig befunden und je zu der Haftstrafe von vier Tagen verurteilt.

Die Urteilsgründe stellen fest: die Angeklagten hätten im Wirtshaus beschlossen, den Gottesdienst zu besuchen, weil davon die Rede gewesen, daß der Lehrgehilfe E. durch Vorlesen einer Predigt den abwesenden Geistlichen zu vertreten haben werde. Der Angeklagte W. habe sein ein Liter haltendes Bierglas halbgefüllt in die Kirche mitgenommen. Während des Singens eines Liedes von Seiten der Gemeine habe W. auf der Empore aus seinem Glase getrunken und die beiden anderen Angeklagten gleichfalls daraus trinken lassen „wobei sie sich übrigens niederbückten, so daß dieses ihr Trinken von keiner der in der Kirche anwesenden Personen wahrgenommen wurde. Im weiteren Verlaufe wollen die Angeklagten auch einmal über eine an einem anderen Kirchenbesucher gemachte Wahrnehmung gelacht und leise einige Worte miteinander gewechselt haben."

„Wenn nun auch", fahren die Urteilsgründe fort, „nicht zu verkennen ist, daß in dem Verhalten der Angeklagten nach

dessen objektiver Beschaffenheit ein **beschimpfender** Unfug gelegen ist, so hat man doch Bedenken getragen als festgestellt zu erachten, daß die Angeklagten sich dessen auch bewußt gewesen sind."

Welcher Art die Erwägungen waren, aus denen dieses Bedenken hervorgegangen ist, läßt sich hieraus nicht entnehmen.

Die von ihr eingelegte Revision hat die Staatsanwaltschaft in der Folge wieder zurückgenommen.

8.

Inwiefern hat im Verfahren gegen Abwesende, welche sich der Wehrpflicht entzogen haben, auf Grund der von der Kontrollebehörde auszustellenden Erklärung die Erhebung der Anklage und die Eröffnung der Untersuchung zu erfolgen?
St.P.O. § 472.
Straffenat. Beschluß vom 4. Januar 1890. U. S. gegen Chr. W. v. H. wegen Verletzung der Wehrpflicht. Nr. 371 von 1889.

Die Erklärung des Civilvorsitzenden der Ersatzkommission des Aushebungsbezirks H., auf deren Grund die Staatsanwaltschaft Ulm die Anklage gegen W. erhoben hatte, war unter Benützung eines gedruckten Formulars abgegeben und lautete wörtlich dahin:

„daß der Wehrpflichtige sich zu den in dem Jahre 1889" (im Formular: „in den Jahren . . . .")
„angeordneten Revisionen nicht gestellt hat, daß der Aufenthaltsort desselben im Deutschen Reich nicht ermittelt worden ist, und daß der angestellten Erkundigungen ungeachtet sich keine Umstände ergeben haben, welche die Annahme ausschließen, daß der Wehrpflichtige, um sich dem Eintritt in den Dienst des stehenden Heeres oder der Flotte zu entziehen, ohne Erlaubnis

— das Bundesgebiet verlassen hat —

— nach erreichtem militärpflichtigem Alter im Ausland verblieben ist —."

Die Strafkammer lehnte die Eröffnung des Hauptverfahrens mit der materiellen Begründung ab, daß auf Grund der vorliegenden Erhebungen im Zweifelsfalle zu Gunsten der Verteidigung anzunehmen sei, der am 4. September 1869 geborene Beschuldigte habe schon im Jahre 1877 mit seinem Vater das Bundesgebiet verlassen und habe zu der Zeit, da seine Militärpflicht begonnen hätte, nämlich zu Anfang des Jahres 1889, zufolge zehnjährigen ununterbrochenen Aufenthalts im Auslande (Amerika) die deutsche Reichsangehörigkeit nicht mehr besessen (§ 21 des Reichsges. vom 1. Juni 1870).

In der Begründung der von ihr gegen diesen Beschluß erhobenen sofortigen Beschwerde führte die Staatsanwaltschaft unter anderem aus, das Gericht sei überhaupt nicht befugt, die Eröffnung des Hauptverfahrens abzulehnen, sobald die in § 472 bezeichnete Erklärung formell richtig ausgestellt sei.

Der Strafsenat verwarf jedoch die Beschwerde aus folgenden Gründen:

Aus der Erklärung des Civilvorsitzenden gehe nicht hervor, ob dieselbe sich auf die Annahme, der Wehrpflichtige habe ohne Erlaubnis das Bundesgebiet verlassen, oder auf die Annahme, derselbe sei ohne Erlaubnis nach erreichtem militärpflichtigem Alter im Auslande verblieben, oder endlich auf beide Alternativen zugleich stütze. Es entspreche sonach besagte Erklärung dem § 472, Abs. 2 der St.P.O. (vgl. auch § 49, Z. 7 der Wehrordnung vom 22. November 1888 [1]) nicht. —

---

1) „Wenn ein Militärpflichtiger bis zur Beendigung seines dritten Militärpflichtjahres unermittelt geblieben ist, oder wenn er das Gebiet des D. Reiches ohne Erlaubnis verlassen hat, so ist von dem Civilvorsitzenden der Ersatzkommission des Aushebungsbezirks, in welchem der Geburtsort liegt, die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens auf Grund des § 140 des St.G.B. f. d. D. Reich zu veranlassen (s. § 472 der St.P.O. v. 11. Febr. 1877)". Ebenso schon die Wehrordnung vom 28. Sept. 1875, 1. Teil: Ersatzordnung, § 48,

Die Frage: ob schon dem über die Eröffnung des Hauptverfahrens beschließenden Richter die von der Strafkammer für sich in Anspruch genommene Befugnis zustehe, zu prüfen, ob nicht Umstände vorliegen, welche der Erklärung der Kontrollebehörde entgegenstehen (vgl. St.P.O. § 475), gelangte somit im vorliegenden Falle nicht zur Entscheidung. Dieselbe ist jedoch in zwei früheren Fällen vom Strafsenate verneint worden:

Beschl. v. 25. März 1885 g. J. W. L. v. W. und

Beschl. v. gleichen Tage g. J. L. K. v. St.

II.

Landgerichtliche Entscheidung.

Ist der Staatsanwalt verpflichtet, ein durch den Tod des Antragstellers unterbrochenes Entmündigungsverfahren wegen Verschwendung wieder aufzunehmen?

Im Auftrag der Friedericke, Ehefrau des Joh. Gotfried F. v. H. beantragte am 19. Dez. 1888 Gottlieb B., Schlosser in Unterweissach, der Ehemann der von der F. in ihre damalige Ehe gebrachten Tochter, bei dem Amtsgericht B., den 65 Jahre alten kinderlosen F. wegen Verschwendung zu entmündigen. Nach Einvernahme von Zeugen sprach das Amtsgericht B. durch Beschluß vom 18. Jan. 1889 die Entmündigung des F. aus. Gegen diesen Beschluß, welcher dem Entmündigten am 21. Jan. 1889 zugestellt wurde, erhob F. durch eine gegen seine Frau gerichtete am 16. Febr. dieser und dem Schwiegersohn als ihrem Bevollmächtigten zugestellte Klage die Anfechtung, worauf die Beklagte am 11. März den Rechtsanwalt Sch. zum Bevollmächtigten bestellt hat.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 9. April 1889 wurde zunächst von den Anwälten konstatiert, daß die Be-

Z. 6. Nach dieser Bestimmung der Wehrordnung war somit, in so weit, als die Erklärung der Civilvorsitzenden sich nicht auf die Annahme, W. habe ohne Erlaubnis das Bundesgebiet verlassen, stützen sollte, die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens verfrüht.

klagte am 20. März gestorben ist, und hierauf seitens des Prozeßbevollmächtigten derselben erklärt, daß er Namens ihrer einzigen Tochter und Erbin den Streit zunächst aufnehme, wozu der Gegenanwalt sein Einverständnis kundgab. Nun wurden die Gesuche zur Sache selbst gestellt und die Verhandlung geschlossen. Da jedoch seitens des Gerichts der Hinweis auf die von demselben gegeben erachtete Unstatthaftigkeit der Aufnahme des Verfahrens durch die Tochter der ursprünglichen Beklagten unterblieben war, erschien es angezeigt, die Wiedereröffnung der Verhandlung anzuordnen, und hier erklärte sodann der Vertreter der Erbin, daß diese den Prozeß nicht weiter führe, und der Gegenanwalt, daß er sich weitere Anträge vorbehalte. Nun forderte der klägerische Anwalt mit Schriftsatz vom 22. Mai den Staatsanwalt zur Aufnahme des Verfahrens auf und lud ihn zur Verhandlung der Hauptsache. In dem hierauf anberaumten Termin wiederholte der klägerische Vertreter die Aufforderung an den Staatsanwalt, den Prozeß aufzunehmen, wogegen der Staatsanwalt sich weigerte, dies zu thun, und um kostenfällige Abweisung der Klage, soweit sie gegen den Staatsanwalt gerichtet sei, bat.

Das Gericht erließ nun im Wege des Zwischenurteils den Beschluß, daß das Verfahren als für die verstorbene beklagte Ehefrau des Klägers durch den Staatsanwalt aufgenommen anzusehen sei, und zwar mit folgender Begründung:

Stirbt eine Partei im Laufe des Rechtsstreits, so ist nach §§ 217, 223 der C.P.O. deren Rechtsnachfolger berechtigt, bezw. verpflichtet, den Streit aufzunehmen. Als Rechtsnachfolger ist hier nach Wilmowski-Levy, Comm. 4. Aufl. S. 302 Anm. 3 und nach Gaupp, Komm. 2. Aufl. S. 415. 416 Anm. II. nicht nur der Universalsuccessor zu betrachten, sondern jeder, der infolge des Todes der Partei in das streitige Recht, bezw. Verpflichtung eintritt. Von einer unmittelbaren Anwendung dieses Begriffes kann im vorliegenden Fall nicht die Rede sein; denn das Recht der verstorbenen Beklagten, die Entmündigung ihres Ehemanns wegen Verschwendung herbeizu-

führen, ist zweifellos statusrechtlicher Natur und deshalb nicht vererblich. Wenn nun in § 624 Abs. 3 der C.P.O. bestimmt wird, daß, falls derjenige, welcher die Entmündigung beantragt hatte, verstorben ist, die Klage wegen Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses gegen den Staatsanwalt zu richten ist, so mag das Gesetz hier nur den gewöhnlicheren Fall im Auge gehabt haben, daß der Antragsteller vor Erhebung der Klage gestorben ist, der Wortlaut steht aber auch nicht entgegen, als statthaft zu betrachten, daß eine schon erhobene Klage nach dem Tode des ursprünglichen Beklagten nun gegen den Staatsanwalt sich richte, fortgesetzt werde. Beachtet man weiter, daß die dem Staatsanwalt beigelegte Befugnis, bezw. Pflicht offenbar auch geschaffen ist, um die aus der Unvererblichkeit des streitigen Anspruchs für die andere Partei sich ergebenden Nachteile zu beseitigen, daß sie thatsächlich identisch ist mit dem untergegangenen Anspruch, allerdings nach Lage der Sache, beschränkt auf das Gebot der Verteidigung des bereits erwirkten Entmündigungsbeschlusses, daß also der Staatsanwalt immerhin als eine Art von Nachfolger des Antragstellers, entstanden infolge des Todes des Letzteren, sich darstellt, so erscheint eine analoge Anwendung des § 217 der C.P.O. auf Fälle, wie der vorliegende, gerechtfertigt, zumal auch Billigkeitsgründe hiefür sprechen. Denn die in Frage stehende Funktion des Staatsanwalts darf als demselben vornehmlich im Interesse des Entmündigten beigelegt betrachtet werden, zunächst um letzterem, auch wenn sein ursprünglicher Gegner nicht mehr erreichbar sein sollte, die Möglichkeit zu geben, ein kontradiktorisches Verfahren darüber herbeizuführen, ob die Voraussetzungen für seine Entmündigung vorhanden seien; mit dieser aushelfenden Stellung des Staatsanwalts wäre es aber schwer vereinbar, den Kläger, nachdem die Weiterführung des Prozesses gegen den ursprünglichen Beklagten ohne sein Verschulden unmöglich geworden, zu Erhebung einer abermaligen Klage desselben Inhalts zu nötigen — ein Ausweg, der überdies der anerkannten Richtung der C.P.O. auf Abschneidung unnötiger Prozesse wenig entsprechen würde. Der Umstand, daß die Staatskasse

in Konsequenz der hier ausgesprochenen Ansicht auch für von der verstorbenen Partei verursachte Kosten aufzukommen hätte, kann umsoweniger ins Gewicht fallen, als die ihr eventuell erwachsenden Kosten ungefähr dieselben wären, wenn gegen den Staatsanwalt neue Klage erhoben werden müßte [1]).

III.

Futterkosten als Nebenforderung. (C.P.O. § 4.)

Von

Landrichter Dr. Kiene in Hall.

Nach § 4 C.P.O. bleiben für die Berechnung des Streitwerts Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden und Kosten unberücksichtigt, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden. Diese Bestimmung läßt, wie in der Theorie und Praxis allgemein anerkannt ist [2]), keine analoge und ausdehnende Auslegung zu und ist streng auf die hier aufgezählten fünf Kategorien von Nebenforderungen zu beschränken. Nur diese, nämlich Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden und Kosten, und nicht weitere, diesen verwandte Ansprüche, welche sich als accessorische Forderungen charakterisieren lassen, und ebenso nicht solche, welche als Pertinenzen einer Hauptsache oder als Bestandteile einer einheitlichen Forderung erscheinen, bleiben bei der Wertsbestimmung außer Betracht, und zwar auch erstere nur dann, wenn sie gleichzeitig mit dem Hauptrecht in der Eigenschaft als Nebenforderung geltend gemacht und nicht etwa für sich allein ohne den Hauptanspruch zum Gegenstand der Klage gemacht sind. Der Begriff und Umfang einer jeden dieser fünf Arten von Nebenforderungen bestimmt sich ausschließlich nach dem geltenden bürgerlichen Recht und es bleibt für diesen Begriff gleichgültig, ob der Wert solcher Nebenfor-

1) cf. Civ. Arch. Bd. 68 S. 404 ff. Wilmowski-Levy 4. Aufl. Nr. 2 zu § 624, Gaupp, Komm. 2. Aufl. S. 416.

2) Gaupp, 2. Aufl. Bd. I. S. 25 Nr. III., von Wilmowski, 3. Aufl. S. 25 Nr. 2, Struckmann-Koch 4. Aufl. S. 4 Nr. 4, Entsch. des Reichsger. in Civils. Bd. 13 S. 396.

derungen oder auch nur einer derselben die Summe der Hauptforderung übersteigt oder, soweit die Zuständigkeit eines Gerichts durch den Wert des Streitgegenstands bedingt wird, die betreffende Zuständigkeitssumme für sich allein erreicht[1]).

Wenn nun mittels der redhibitorischen Klage aus dem ädilizischen Edikt oder mittels der civilrechtlichen Kontraktsklage gleichzeitig mit der Auflösung eines Viehkauf- oder Tauschvertrags der Ersatz der auf die Fütterung und Pflege des im Streit befangenen Tieres verwendeten Kosten und Auslagen oder wenn mit der Klage auf Erfüllung eines derartigen Vertrags die Erstattung solcher Futterkosten gefordert wird, so erscheint in allen diesen Fällen der Anspruch auf Futterentschädigung im Verhältnis zu der gleichzeitig geltend gemachten Hauptforderung auf Auflösung, bezw. Erfüllung des Kauf- oder Tauschvertrags als eine Nebenforderung wegen Schäden, welche bei der Streitwertsberechnung unberücksichtigt bleibt. Zwar wird in der schon citierten Entscheidung des Reichsgerichts, Bd. 13 S. 396 in Civilsachen, den Futterkosten sowohl die Eigenschaft als Nebenforderung als auch die als „Schäden" im Sinn des § 4 C.P.O. abgesprochen; allein jene Entscheidung kann schon an sich nicht ohne Weiteres für das bei uns zur Anwendung kommende gemeine, bezw. württembergische Partikularrecht (Gesetz vom 26. Dezember 1861) verwertet werden, da sie einen Fall aus dem Gebiet des allgemeinen preußischen Landrechts betrifft und zwar näherhin den Fall der einfachen redhibitorischen Klage; sie dürfte aber für alle drei oben bezeichneten Klagen des gemeinen Rechts mit Einschluß der gewöhnlichen Währschaftsklage überhaupt nicht zutreffend sein.

Um einen Anspruch als Nebenforderung anzusehen, wird vorausgesetzt, daß mehrere Forderungen mit einander geltend gemacht werden und daß eine derselben zu der andern, welche im Verhältnis zu ihr als Hauptforderung erscheint, in einem Abhängigkeitsverhältnis steht; es wird also der Begriff der Nebenforderung ausschließlich durch die Beziehung derselben

1) Motive S. 49, 50. Hierin weicht § 4 der R.C.P.O. wesentlich von dem sonst gleichlautenden Art 21 der früheren württ C.P O. ab.

zu einer Hauptforderung bestimmt und in der Abhängigkeit vom Recht der letzteren besteht das entscheidende Kriterium der Nebenforderung im Verhältnis zum Hauptanspruch; das Recht auf die Nebenforderung muß zur Zeit seiner Entstehung durch das Recht der Hauptforderung bedingt gewesen, im Verhältnis zu der letzteren accessorisch sein. Dieses Abhängigkeitsverhältnis muß aber nicht nur vorliegen, sondern um die Anwendung des § 4 zu begründen, sich auch in dem Prozeß äußern; der als Nebenforderung erscheinende Anspruch muß in dieser Eigenschaft als Nebenforderung neben dem Hauptanspruch geltend gemacht werden, beide Forderungen, die Haupt- und Nebenforderung müssen einen Streitgegenstand bilden und in demselben Prozeß von derselben Partei gegen denselben Gegner, und zwar die letztere als von der ersteren abhängige, aber doch verschiedene besondere Forderung verfolgt werden [1]).

In diesem Abhängigkeitsverhältnis tritt die Ersatzforderung für aufgewandte Fütterungskosten in jedem Falle auf, wenn dieselbe im Prozeß neben dem Hauptanspruch auf Auflösung oder Erfüllung eines Viehkauf- oder Tauschvertrags eingeklagt wird, da sie hiebei als etwas vom letztgenannten Anspruch Abhängiges geltend gemacht wird und das zu Recht Bestehen dieses Hauptanspruchs zu ihrer Voraussetzung hat. Ist die Klagbitte auf Aufhebung eines solchen Vertrags und auf Erstattung des vollen Interesses aus dem geschlossenen Vertrag wegen erlittenen Schadens oder entgangenen Gewinnes gerichtet und wird dieser Schaden etwa in zweifacher Richtung liquidiert, einmal als Anspruch auf Ersatz des Arbeitswerts eines brauchbaren Tieres und sodann als Anspruch auf Erstattung des für das unbrauchbare Tier ausgelegten Futtergeldes, wobei die Klage auf ein Garantieversprechen (dictum vel promissum) des Verkäufers und eine diesem widersprechende Fehlerhaftigkeit des Tieres gestützt ist, so haben

1) **Plank**, Lehrbuch § 10 S. 39 Ziff. 2, **Wach**, Handbuch Bd. I. § 31 Z. VIII., **Gaupp**, Kommentar Bd. I, S. 24, 25, 2. Aufl., **Entsch. des Reichsger.** (cf. S. 100) **in Civils.** Bd. 18, S. 373.

wir einen der üblichen Fälle der civilrechtlichen Kontraktsklage beim Viehhandel. Hier erscheint als der Hauptgegenstand des Streits die Auflösung des eingegangenen Kauf- oder Tauschvertrags und das Wegfallen der Verpflichtung des Klägers aus demselben; der weiter verlangte Anspruch auf vollen Schadensersatz einschließlich der Futterkosten steht durchweg in dem das Kriterium der Nebenforderung bildenden Abhängigkeitsverhältnis zu der erstgenannten Hauptforderung und ist accessorischer Natur, indem derselbe mit diesem Hauptanspruch steht und fällt. Bliebe der Vertrag in Kraft, so würde dem Kläger ein Rechtsgrund, für seinen Schaden und Futteraufwand den Beklagten verantwortlich zu machen, nicht zur Seite stehen; der fragliche Ersatzanspruch ist vielmehr durch die Feststellung bedingt, daß der Beklagte kein garantiegemäßes Tier übergeben und so die Auflösung des Handels verschuldet habe. Erst aus diesem Anspruch auf Vertragsaufhebung entspringt die Forderung auf Entschädigung für aufgewandte Futterkosten sowie für sonstigen Schaden und sie bleibt abhängig von der Zuerkennung jenes Hauptanspruchs. Hiemit ist der Anspruch auf Futterkostenersatz als einer Nebenforderung für solche Fälle zureichend charakterisiert.

Uebrigens hat auch das Reichsgericht in der erwähnten Entscheidung Bd. 13 S. 396 für die Fälle der Kontraktsklage ausdrücklich eine andere Beurteilung vorbehalten, indem daselbst der einfachen redhibitorischen Klage, um welche es sich bei jener Entscheidung handelt, in der Begründung durch das Citat von § 320 A.L. R. I. 5 die „eine andere Beurteilung bedingende", auf Schadensersatz gerichtete und auf ein Verschulden des Verkäufers zurückgeführte Vertragsklage gegenübergestellt wird. Es kann somit, wie schon mehrfach in der Praxis der Amtsgerichte geschehen, jene Entscheidung des Reichsgerichts in Fällen, wo mit der Vertragsauflösung die Leistung des vollen Interesses und mit dieser der Ersatz der Futterkosten gefordert wird, für die der hier vertretenen entgegengesetzte Ansicht keineswegs verwertet werden.

Aber auch die Fälle der redhibitorischen, bloß auf Ver-

tragsaufhebung gehenden Klage lassen in der vorliegenden Frage vom Standpunkt des gemeinen Rechts keine andere Beurteilung zu. Diese Klage ist darauf gerichtet, den Zustand herzustellen, als habe der Verkauf oder Tausch gar nicht stattgefunden: redhibere est facere, ut rursus habeat venditor quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata quasi redditio, l. 21 pr. D. 21. 1; es handelt sich hier also um eine Rückgängigmachung der beiderseitigen Leistungen, und es erwirkt der Käufer die Auflösung des Geschäfts nur gegen Rückgabe der Sache in unversehrtem Zustand und mit allen Accessorien und gezogenen Nutzungen, anderseits hat auch der Verkäufer dem Käufer das Kaufgeld mit Zinsen zurückzugeben und die Kosten der Fütterung und Pflege des Tieres zu erstatten. Diese mit der Aufhebung des Vertrags verbundene Verpflichtung des Verkäufers zur Zahlung von Zinsen und Futtergeld tritt nach dem wüttembergischen Gesetz vom 26. Dezember 1861 Art. 5 allerdings erst mit dem Tage ein, an welchem derselbe mit der Rücknahme des Tieres im Verzug ist, ebenso nach dem Währschaftsgesetz von Baden, Hohenzollern (je Art. 5) und Frankfurt (Art. 9), während in Bayern (Art. 5 des Gesetzes v. 26. März 1859) und in Sachsen (§ 928 B.G.B.) der Verkäufer schon vom Tage der Uebergabe des Tieres die Futterkosten zu ersetzen hat.

Voraussetzung und Quelle dieses Anspruchs auf Ersatz des Futtergeldes ist und bleibt aber der Anspruch des Käufers auf Redhibition des Tieres, dieser bildet die Hauptforderung und von ihm ist der erstere Anspruch abhängig und in seiner Entstehung bedingt, wie im Fall der Kontraktsklage. Die schon hiedurch gekennzeichnete Eigenschaft des Futterentschädigungsanspruchs als einer Nebenforderung im Rahmen der redhibitorischen Klage zeigt sich weiterhin dadurch, daß bei uns der mit der Zurücknahme des Tieres und der Wiedererstattung des Kaufpreises in Verzug gekommene Verkäufer einmal, wie sich von selbst versteht, Verzugszinsen zu zahlen und sodann nach der Vorschrift des Art. 5 unseres Währschaftsgesetzes die erwachsenen Fütterungskosten zu erstatten hat. Diese Gleich-

stellung der Verzugszinsen und Futterkosten ist ein deutlicher Beleg für die das Verhältnis zwischen Haupt- und Nebenforderung begründende Abhängigkeit des Anspruchs auf Futterkostenersatz von demjenigen der Redhibition des Tieres, denn daß die mit dem Kaufpreis geforderten Verzugszinsen als Nebenforderung und als abhängig von dem Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gelten, wird niemand bezweifeln, und es bildet dieser Fall das üblichste Beispiel für die Streitwertsberechnung im Sinn des § 4 C.P.O. Wie aber die Verzugszinsen bei dieser Berechnung außer Ansatz bleiben, ebensowenig dürfen dann die ihnen im Sinn der Bestimmung des Art. 5 gesetzlich gleichgestellten und in demselben Abhängigkeitsverhältnis zum Hauptanspruch stehenden Futterkosten berücksichtigt werden. Endlich kann noch darauf hingewiesen werden, daß schon nach der Bestimmung der l. 29 § 2 und l. 30 § 1 D. 21, 1 bei der redhibitorischen Klage die gezogenen Nutzungen, da sie nicht in Natur zurückgegeben werden können, nach einer ratio naturalis mit den Zinsen und namentlich mit den Fütterungskosten kompensiert werden sollen, und daß dem entsprechend Art. 5 unseres Währschaftsgesetzes vorschreibt, daß an den Kosten der Fütterung und Pflege des Tieres der vom Käufer aus demselben gezogene Nutzen in Abzug zu bringen ist. Denn hierin ist abermals die Gleichstellung des Anspruchs auf Futterkostenentschädigung mit einer anderen anerkannten Art von Nebenforderungen (den Nutzungen) im Verhältnis zum Hauptanspruch auf Zurücknahme des mit redhibitorischem Mangel behafteten Tieres ausgesprochen und hiemit die Eigenschaft des ersteren Anspruchs als einer vom letztgenannten Hauptanspruch abhängigen und in dieser Stellung geltend gemachten Nebenforderung klar erkennbar.

Gegen diese Charakterisierung läßt sich auch nicht mit Grund der Umstand verwerten, daß z. B. im Fall des Verendens des betreffenden Tieres der Ersatz der aufgewandten Futterkosten auch selbständig verfolgt werden kann, insofern jede Nebenforderung im Sinn des § 4 C.P.O. selbständig und allein oder in Konkurrenz mit anderen Forderungen an der

Stelle des Hauptanspruchs eingeklagt werden kann und solchenfalls die Eigenschaft einer Hauptforderung erhält. Auch ist es für die Qualität einer Nebenforderung gleichgültig, ob der betreffende Anspruch civilrechtlich einen vom Hauptrecht getrennten selbständigen Entstehungsgrund hat und deshalb auch mit besonderer Klage verfolgt werden könnte, was bezüglich der Futterkosten in der Richtung möglich ist, daß der Käufer des Tieres als der Verwalter und Geschäftsführer des Verkäufers erscheint und als solcher keinerlei Schaden leiden soll, sonach den für den Verkäufer gemachten Aufwand für Fütterung und Pflege des Tieres auch nach den Grundsätzen der negotiorum gestio ersetzt verlangen kann. Ueberhaupt kommt es nicht darauf an, aus welchem Anlaß und zu welchem Zweck die Forderung zum Gegenstand des Streites im Sinn des § 4 C.P.O. gemacht wird, und es ist nach dieser Gesetzesvorschrift auch der Klagegrund für die Berechnung des Streitwerts nicht entscheidend, sondern einzig das oben geschilderte Verhältnis der Forderungsobjekte unter einander, insoweit ein Hauptanspruch und gleichzeitig geforderte Accessorien in Frage stehen. Es ist deshalb die Anwendung der Vorschrift des § 4 auch in solchen Fällen nicht ausgeschlossen, wo etwa ein nach dem Vollzug des Kauf- oder Tauschgeschäfts gegebenes späteres Versprechen des Verkäufers, unter Zurücknahme des Tieres den Kaufpreis zu erstatten und dem Käufer die ihm erwachsenen Kosten und Schäden, hierunter die Futterkosten zu ersetzen, das Klagfundament bildet; ebensowenig wird ja auch bei einem Anspruch auf Bezahlung von Kapital und Zinsen die Wertsberechnung deshalb eine andere und die Vorschrift des § 4 ausschließende, weil dieser Anspruch auf einem Versprechen beruht. Es ist nicht einzusehen, warum bei einem Versprechen von Leistungen anderer Art, als Kapital und Zins, der Unterschied zwischen Hauptsache und Nebensache aufgehoben und die rechtliche Natur derselben verändert werden sollte [1]).

1) Vergl. Gaupp, Komm. 2. Aufl. Bd. I. S. 24, Nr. II., Entsch. des Reichsger. in Civils. Bd. 7. S. 326, 327, Seuffert, Archiv Bd. 39 N. 242.

Endlich kann es nicht zweifelhaft sein, daß bei Klagen auf Erfüllung eines Viehkauf- oder Tauschvertrags, wenn die Verurteilung des Beklagten zur Abnahme des verkauften oder umgetauschten Tieres und zum Ersatz der Fütterungskosten wegen der von ihm verzögerten Abnahme beantragt ist, dieser Ersatzanspruch wesentlich accessorischer Natur ist, während die geforderte Abnahme des Tieres den Hauptgegenstand des Streites bildet und jener Ersatzanspruch mit diesem Hauptanspruch steht und fällt. Es ist also auch für solche Klagfälle die Eigenschaft des neben dem Verlangen der Vertragserfüllung auf Entschädigung für Futterkosten gerichteten Anspruchs als einer Nebenforderung im Sinn des § 4 C.P.O. als feststehend anzusehen.

Unter den daselbst aufgezählten fünf Arten von Nebenforderungen, welche nach dieser gesetzlichen Vorschrift bei der Wertsberechnung außer Betracht bleiben und welche Aufzählung nicht exemplifikativ, sondern als positiv abgeschlossene zu nehmen ist, sind die Futterkosten der Kategorie der Schäden zuzuzählen. Denn unter diese fallen die Schadensersatzansprüche jeder Art, mögen sie auf Gesetz oder Vertrag beruhen, mag es sich unmittelbar um eine Vermögensverringerung oder um die Vereitlung von Vermögensgewinn, um direkten oder indirekten Schaden handeln, sie begreifen in sich jeden Vermögensnachteil, welchen der Kläger sei es als damnum emergens, sei es als lucrum cessans dadurch erlitten zu haben behauptet, daß seinem Hauptanspruch nicht sofort Genüge geleistet wurde, ebenso jeden durch verspätete oder nicht vertragsmäßige Erfüllung verursachten Schaden, also nicht minder auch die vor oder während des Prozesses auf die Erhaltung der Hauptsache gemachten Aufwendungen und Auslagen [1]. Nun stellen aber begrifflich die Fütterungskosten die vom Käufer, bezw. Kläger auf die Erhaltung des Kaufobjekts d. h. des im

1) Wach, Handbuch Bd. I. § 31 Z. VIII. nebst Anmerk., Gaupp, Komm. 2. Aufl. Bd. I., S. 25, Nr. VII, Entsch. des Reichsger. in Civilf. Bd. 1, S. 228.

Streit befangenen Tieres gemachten notwendigen Aufwendungen dar und fallen somit zweifellos unter die Kategorie von Schäden im Sinn des § 4 C.P.O. Diese Eigenschaft besitzen sie in gleicher Weise, ob sie mit der einfachen Währschaftsklage neben dem Redhibitionsanspruch oder mit der auf Leistung des vollen Interesses gerichteten Kontraktsklage ersetzt verlangt werden, oder ob mit der Klage auf Erfüllung eines abgeschlossenen Viehkauf- oder Tauschgeschäfts der Anspruch auf Ersatz der wegen verzögerter Abnahme des Tieres entstandenen Futteraufwendungen verbunden wird. Am deutlichsten zeigt sich diese Charakterisierung als Schäden allerdings in den Fällen der civilrechtlichen Vertragsklage, wo der Kläger neben dem Hauptanspruch den Ersatz der aufgewandten Futterkosten als einen Teil seines aus dem Kauf- oder Tauschkontrakt ihm erwachsenen Schadens fordert. Hier offenbart sich, wie widersinnig es wäre, den einen Teil des vom Kläger liquidierten Schadens, bestehend etwa im Aufwand für die Miete eines brauchbaren garantiegemäßen Tieres oder im Betrag des Arbeitswerts eines solchen für die kritische Zeit, bei der Bestimmung des Streitwerts unberücksichtigt zu lassen, den andern Teil aber, bestehend im Aufwand für die Fütterung und Pflege des fehlerhaften Tieres, hiebei in Ansatz zu bringen. Denn in Wirklichkeit besteht in dem letzteren Aufwand der Schaden des Klägers so gut, wie in dem erstgenannten Aufwand, insofern der Verbrauch an Futter für das im Streit befindliche Tier den Kläger an seinem Vermögen benachteiligte und derselbe nicht etwa durch einen die Fütterungskosten aufwiegenden Gebrauch des Tieres dafür entschädigt wurde, der Kläger also diese Kosten ganz oder größtenteils vergeblich aufgewendet hat.

Im Sinne dieser Ausführung wurde in einem derartigen Fall die dem Kostenfestsetzungsbeschluß eines Amtsgerichts zu Grund gelegte Berechnung des Streitwerts, insoweit letzterem und zwar unter Berufung auf die Entscheidung des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 13 S. 396 der Betrag der vom Beklagten zu ersetzenden Futterkosten zugerechnet worden war, durch Beschluß der Civilkammer des Landgerichts Hall vom 17. April

1889 abgeändert und der Betrag dieser Futterkosten als einer Nebenforderung gemäß § 4 C.P.O. bei der Bestimmung des Streitwerts außer Ansatz gelassen.

IV.

Ist der Artikel 34 des württemb. Forststrafgesetzes vom 2. September 1879, nach welchem auf die Begünstigung und die Hehlerei bezüglich eines Forstdiebstahls das für den Forstdiebstahl selbst vorgeschriebene Verfahren Anwendung findet, mit den Bestimmungen der Reichsstrafprozeßordnung vereinbar?

Von

Hilfsrichter Bälz in Leutkirch.

Die Amtsanwaltschaft für Forstrügesachen beantragte beim Amtsgericht L. die Erlassung von Strafbefehlen gegen den Holzmacher Schw. wegen erschwerten Forstdiebstahls und gegen den Wagner H. wegen Hehlerei bezüglich desselben.

Der Antrag bezüglich der Hauptthat stützte sich auf Art. 22 des F.St.G.'s:

„Der Amtsanwalt hat in den durch das Aufsichtspersonal oder auf andere Weise zu seiner Kenntnis gelangenden Fällen die Erlassung eines amtsrichterlichen Strafbefehls zu beantragen, wenn die zu erkennende Strafe die im Art. 19 Abs. 2 bezeichnete Grenze nicht überschreitet und der Festsetzung der Strafe ohne vorgängige Verhandlung keine Bedenken entgegenstehen."

Art. 19 Abs. 2 lautet: „Die Amtsrichter verhandeln und entscheiden, wenn auf keine höhere Strafe als Gefängnis von höchstens drei Monaten oder auf Geldstrafe und die für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Freiheitsstrafe zu erkennen ist, ohne Zuziehung von Schöffen."

Der Antrag bezüglich der Hehlerei war auf Grund des Art. 34 des F.St.G.'s gestellt worden:

„Hängt mit einer nach den Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes zu beurteilenden Strafsache die Beschuldigung der Begünstigung eines Forstdiebstahls oder der Hehlerei (§ 259 des Reichs-Strafgesetzbuchs) in Beziehung auf einen solchen oder einer nach § 361 Nr. 9 des Reichs-Strafgesetzbuchs zu bestrafenden Uebertretung zusammen, so findet auf diese Zuwiderhandlungen das hier vorgeschriebene Verfahren Anwendung".

Das Amtsgericht gab die Anträge alsbald zurück, weil es bei der Beschuldigung der Hehlerei Bedenken betreffs der Zuständigkeit der Amtsanwaltschaft für Forstrügesachen trage.

Es erscheine äußerst zweifelhaft, ob die württembergische Gesetzgebung zu einer prozeßualen Vorschrift, wie sie der gen. Art. 34 enthalte, befugt gewesen sei, nachdem sie die Hehlerei bezüglich eines Forstdiebstahls materiell von der sonstigen Hehlerei nicht gesondert habe, wozu sie unbedingt befugt gewesen wäre (vgl. Neue Justizgesetzgebung im Königreich Württemberg Bd. VI. S. 588, Motive § 12 und S. 631 ff.). Die Kommission der Kammer der Abgeordneten habe zwar die Bestimmung des Art. 34 „sowohl für erlaubt als auch aus Zweckmäßigkeitsgründen für geboten" erachtet (S. 633 a. a. O.), eine Begründung sei jedoch dieser Ansicht nicht beigefügt.

Nun dürfe es aber kaum einem Anstand unterliegen, daß, nachdem die Hehlerei in Beziehung auf einen Forstdiebstahl wie jede andere Hehlerei aus § 259 des R.St.G.B.'s bestraft werde, auch lediglich die Bestimmungen der Reichsstrafprozeßordnung zur Anwendung zu kommen hätten, daß also wegen Hehlerei in Beziehung auf einen Forstdiebstahl kein Strafbefehl erlassen und in der Hauptverhandlung nicht ohne Schöffen verhandelt werden dürfe.

Es entstehe allerdings die Streitfrage, ob der Richter befugt sei, das ordnungsmäßige Zustandekommen von Gesetzen (wozu auch die Befugnis zur Regelung eines bestimmten Rechtsstoffes gehöre) zu prüfen, eine Frage, die seiner Zeit der deutsche Juristentag bejaht habe. Eine solche Prüfung werde aber in

einem Falle, wie dem gegebenen, in welchem dem Richter zwei verschiedene Gesetzesnormen vorliegen, diesem geradezu zur Pflicht gemacht werden können.

Zur Erwägung dieser Punkte glaube das Gericht die Akten vor Fassung eines Beschlusses der Amtsanwaltschaft f. F.R.S. nochmals vorlegen zu sollen; auch dürfe sich bei der grundsätzlichen Wichtigkeit der Frage die Einholung der Auffassung der Staatsanwaltschaft R. empfehlen.

Die Amtsanwaltschaft f. F.R.S. legte die Akten der Staatsanwaltschaft R. vor, welche am 20. Sept. 1889 den Antrag der Amtsanwaltschaft f. F.R.S. auf Erlassung eines Strafbefehls gegen H. wegen Hehlerei in Beziehung auf den von Schw. begangenen Forstdiebstahl wiederholte mit folgender Begründung:

„Wenn die Frage untersucht werden soll, ob der Art. 34 des F.St.G.'s angesichts der Reichsgesetzgebung gültiges Recht enthält, so wird dies auf Grund des § 3 des Einführungsgesetzes der R.St.P.O. Abs. 3 zu bejahen sein. Man wird davon ausgehen können, daß Hehlerei in Beziehung auf Forstdiebstahl an sich dem Gebiete angehört, welches als forststrafgesetzliche „Materie", bezw. als „Forstrügesachen" in § 2 des E.G. zum R.St.G.B. und § 3 Abs 3 des E.G. zur R.St.P.O. bezeichnet ist, und für welches diese Gesetzesstellen dem Landesrecht die Befugnis zu besonderen Vorschriften geben. Die beiden erwähnten Reichsgesetzesstellen sind in keinerlei Abhängigkeitsverhältnis zu einander gesetzt und es wird daher keinem Anstand unterliegen, daß die Landesgesetzgebung sei es in der Richtung beider Gesetze oder in der Richtung des Strafrechts allein oder endlich in der Richtung des Strafprozeßrechts allein besondere Vorschriften erläßt. Thut sie das Letzterwähnte und dies ist in Art. 34 der Fall, so gründet sie sich hiebei auf § 3 Abs. 3 des E.G. zur R.St.P.O."

Durch Beschluß des Amtsgerichts L. vom 21. September 1889 wurde der Antrag der Staatsanwaltschaft R. zurückgewiesen aus nachstehenden Gründen:

„Es ist der Staatsanwaltschaft darin beizutreten daß,

Hehlerei in Beziehung auf Forstdiebstahl an sich dem Gebiete angehört, welches als forststrafgesetzliche „Materie", bezw. als „Forstrügesachen" in § 2 des E.G. zum R.St.G.B. und in § 3 Abs. 3 des E.G. zur R.St.P.O. bezeichnet ist, und für welches diese Gesetzesstellen dem Landesrecht die Befugnis zu besonderen Vorschriften geben. Auch darin kann der Staatsanwaltschaft noch beigepflichtet werden, daß beide Gesetzesstellen in kein unmittelbares (nicht in keinerlei) Abhängigkeitsverhältnis zu einander gesetzt sind.

Allein es ist auf Grund der Vorschrift in § 3 Abs. 3 des E.G. zur R.St.P.O.: „die Landesgesetze können anordnen, daß Forstrügesachen durch die Amtsgerichte in einem besonderen Verfahren verhandelt und entschieden werden"
zu prüfen, ob die betreffende Landesgesetzgebung die Hehlerei in Beziehung auf einen Forstdiebstahl als eine „Forstrügesache" auffaßt oder nicht; insofern steht allerdings das formelle Recht in einem Abhängigkeitsverhältnis zu dem materiellen. Das Einführungsgesetz zur R.St.P.O. läßt nur bezüglich der Gegenstände, die materiell als Forstrügesachen gelten, ein Ausnahmeverfahren zu, es kann aber als ein Gesetz über das Verfahren unmöglich wollen, daß auf den Grund seiner Bestimmungen materielle Rechtssätze aufgebaut werden.

Der Entwurf des Forststrafgesetzes enthält keine dem jetzigen Art. 34 des Gesetzes entsprechende Bestimmung. Die Motive sagen in § 12 (Neue Justizgesetzgeb. Bd. VI. S. 588) nur, es sei kein Bedürfnis vorgelegen, besondere Bestimmungen über die Hehlerei in Beziehung auf Forstdiebstahl zu treffen, während § 5 des Preuß. Forstdiebstahlgesetzes eine solche Vorschrift enthalte. Der jetzige Art. 34 verdankt vielmehr seine Entstehung der Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Abgeordneten, deren Auffassung deshalb maßgebend ist.

Die Kommission sagt in ihrem Bericht (Neue Justizgesetzgebung, Bd. VI. S. 631): „Unser Entwurf glaubt überhaupt besondere Bestimmungen (über Begünstigung und Hehlerei be-

züglich eines Forstdiebstahls) entbehren zu können, indem er davon ausgeht, daß, wie auch wir annehmen, der § 258 des St.G.B., welcher sich nur auf den gemeinen Diebstahl (sowie auf Unterschlagung und Raub) bezieht, beim Forstdiebstahle nicht Platz greifen könne und daß im Uebrigen die Bestimmungen des St.G.B. Anwendung finden und hienach für besondere landesgesetzliche Normen kein Bedürfnis vorhanden sei, zumal solche, insbesondere bei der gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Hehlerei, leicht zu Verwicklungen führen könnten. Letzteres wird als richtig zu bezeichnen sein. — — — — Eine Trennung hinsichtlich der beiden Kategorieen — Hehlerei in Beziehung auf einen Forstdiebstahl und Hehlerei in Beziehung auf gemeinen Diebstahl — vorzunehmen, dürfte häufig kaum möglich sein. — — — Aehnliche Schwierigkeiten treten aber auch ein, wenn die Begünstigung und die einfache Hehlerei in Beziehung auf Forstdiebstähle als besondere (Forst-) Delikte konstruiert werden. — — Dazu kommt, daß das Reichsstrafgesetzbuch im Anschlusse an die von der modernen Wissenschaft vertretene Ansicht überhaupt die Begünstigung und die Hehlerei nicht mehr als Fälle der Teilnahme anerkennt, sondern als eigenartige Vergehen behandelt und unter besondere Strafen stellt — — — so scheint kein genügender Grund vorzuliegen, hinsichtlich der Begünstigung und der Hehlerei in Beziehung auf Forstdiebstahl eine (materielle) Abweichung vom gemeinen Recht eintreten zu lassen". (Eine Minderheit in der Kommission war dagegen für besondere Bestimmungen und hat ihren Standpunkt eingehend begründet R. Justizgesetzg. VI. S. 632 u. 633). Endlich heißt es: „Im weiteren geht sodann die Kommission in ihrer Mehrheit (mit 7 gegen 2 Stimmen) davon aus, daß es sowohl erlaubt, als auch aus Zweckmäßigkeitsgründen geboten sei, Begünstigung und Hehlerei in Beziehung auf Forstdiebstähle in demselben Verfahren mit diesen zu verhandeln, da durch die gegenteilige Behandlungsweise, wie sie nach dem Entwurfe stattfinden müßte, Mißstände mancher Art kaum zu vermeiden wären und insbesondere Ver-

vielfältigung der Verhandlungen sowie Verschiedenheiten in der Rechtssprechung und Verzögerungen eintreten würden.

Deshalb beantragen wir:

in dieser Richtung eine besondere Bestimmung — jedoch erst in dem das Verfahren betreffenden Teile (ad Art. 35) — aufzunehmen" (dort ist der ursprünglich nur für die Uebertretung i. S. des § 361 Nr. 9 bestimmte Art. 35 (34 des Gesetzes) in der jetzigen Fassung erweitert).

Gewiß sind die letzteren Gründe zutreffend, sie hätten auch zu einer besonderen Strafvorschrift über die Hehlerei in Beziehung auf einen Forstdiebstahl führen sollen. Dagegen ist es nicht folgerichtig, in einem und demselben Gesetz, welches Strafrecht und Strafverfahren zugleich regelt, jene Hehlerei einerseits als gemeines Delikt, das nicht einmal unter die Fälle der Teilnahme gehört, zu behandeln, andererseits im Verfahren als besonderes (Forst-) Delikt zu verwerten; es ist dies nach dem oben Ausgeführten auch nicht zulässig.

Da aber den Richter die Landesgesetze nicht binden, wenn er sie als mit dem Reichsrecht unvereinbar erachtet[1]), so war trotz des Art. 34 des Forststrafgesetzes der Antrag der Staatsanwaltschaft zurückzuweisen, weil nach St.P.O. § 447 wegen Hehlerei ein Strafbefehl nicht erlassen (und eine Hauptverhandlung ohne Schöffen nicht abgehalten) werden darf."

Gegen diesen Beschluß erhob die Staatsanwaltschaft am 26. Sept. 1889 Beschwerde mit dem Antrag: die Strafkammer des Landgerichts N. wolle den gedachten Beschluß aufheben, die in der Sache erforderliche Entscheidung erlassen und die Akten zu weiterer Verfügung dem Amtsgericht L. zurückgeben.

---

1) Olshausen, Komm. z. St.G.B., 2. Aufl., Note 20 zu § 2 des E.G. zum St.G.B. Ferner: Wächter, Beilagen zu Vorlesungen über Strafrecht, Leipzig 1881 S. 250: „Denn wenn die Gerichte der Ueberzeugung sind, daß durch ein Landesgesetz die Schranken der Landesgesetzgebung überschritten werden, so haben sie die Pflicht, dasselbe bei Entscheidung eines betreffenden Falles als ungültig zu behandeln", ebenso H. Meyer, Lehrb. d. Strafrechts 4. Aufl. 1888 § 18 Ziff. 9.

Durch Beschluß vom 12. Oktober 1889 hat die Strafkammer in sinngemäßer Anwendung des § 27 Nr. 8 des G.V.G. gegen H. wegen Hehlerei das Hauptverfahren vor dem Schöffengericht L. eröffnet und in dem Begleitschreiben an das Amtsgericht L. beigefügt, die Eröffnung des Hauptverfahrens vor dem Schöffengericht gegen Schw. wegen des zusammenhängenden Forstdiebstahls, sowie die Verbindung beider Strafsachen werde sich empfehlen.

Die Strafkammer hat also die Auffassung des Amtsgerichts L. von der Unanwendbarkeit des Art. 34 des F.St.G. betreffs der Hehlerei und Begünstigung in Beziehung auf einen Forstdiebstahl bestätigt, ja die Sache lag zum Schluß gerade umgekehrt zu dem Antrag der Staatsanwaltschaft, indem auch der Forstdiebstahl, für den an sich ein vereinfachtes Verfahren bestand, infolge des Zusammenhangs vor das Schöffengericht verwiesen wurde.

Das häufige Vorkommen der Begünstigung und der Hehlerei in Beziehung auf einen Forstdiebstahl mag noch einige Bemerkungen zu der obigen Entscheidung rechtfertigen und zwar sowohl hinsichtlich des Verfahrens, als hinsichtlich des sachlichen Inhalts des Forststrafgesetzes [1]).

1) Diese Abhandlung wurde sofort nach Erledigung der betr. Strafsache geschrieben. Erst nachher sind dem Verfasser die in Betracht kommenden Protokolle der Kammerverhandlungen (1877—79, IV. Protokollband) zugänglich geworden. Nach denselben (S. 2355) erklärte der Abg. v. Schad als Mitberichterstatter der Kommission und Vertreter des Minderheitsantrags: „Denn wenn man davon ausgeht, daß die materiellen Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuchs über Begünstigung und Hehlerei auch bei dem Forstdiebstahl maßgebend sein müssen, dann normiert sich das Verfahren behufs der Anwendung dieser Strafbestimmungen lediglich nach den allgemeinen prozessualischen Bestimmungen, wie solche die Reichsstrafprozeßordnung verordnet, und es ist der Landesgesetzgebung nicht erlaubt, mit Rücksicht auf irgend welche Nützlichkeitsgründe für einzelne Begünstigungen ein besonderes Verfahren zu statuieren." — Nur nebenbei soll bemerkt werden, daß der eifrigste Vertreter des Waldes und eines strengen Forststrafgesetzes, der Abg. Mohl, für den Minderheitsantrag war. — Dagegen erklärte der Regierungskommissär (Staatsrat v. Binder) Prot. S. 2356: „Auf die prozessualische Frage glaube ich hier

Es ist leicht ersichtlich, wie die Justizgesetzgebungskommission der Kammer der Abgeordneten zu dem jetzigen Inhalt des Art. 34 des F.St.G. gelangte. Den Motiven § 12 in der Auffassung von der Selbständigkeit der Begünstigung und Hehlerei gegenüber dem Diebstahl beitretend und doch den

---

nicht eingehen zu sollen, sie wird an einem andern Ort jedenfalls noch zu erörtern sein. Mir ist es nicht zweifelhaft, daß, auch wenn bezüglich der Bestrafung der Begünstigung und Hehlerei lediglich die Bestimmungen des R.St.G.B. in Anwendung kommen, eine prozessualische Behandlung in der Art, daß die Begünstigung und einfache Hehlerei (nach den Verhandlungen Prot. S. 2437 sollten übrigens durch die Anführung des § 259 St.G.B.'s nur der § 258 St.G.B.'s, nicht auch die §§ 260 und 261 ausgeschlossen werden) zugleich mit dem Forstdiebstahl in dem betreffenden Verfahren als Forstrügesachen abgeurteilt werden, vollständig zulässig ist" und der Kommissionsberichterstatter, Abg. Elben-Cannstatt, führte aus (S. 2358): „Ich nehme gar keinen Anstand sofort zum Anfang zu erklären, daß ich mit H. v. Schad insoweit einverstanden bin, als ich es gleichfalls für zulässig erachte, die Sache materiell zu regeln, daß es aber sicher auch nichts bedenkliches haben wird, die Sache nur formell und prozessualisch zu normieren und zwar so wie es von der Mehrheit der Kommission geschehen ist." Zu der in Aussicht genommenen Erörterung dieser prozessualischen Frage kam es nicht mehr, indem der Art. 35 (jetzt 34) abgesehen von einer redaktionellen Frage, ohne jede sachliche Debatte angenommen wurde (Prot S. 2436 ff). — Die Oberstaatsanwaltschaft, welcher die Staatsanwaltschaft R. die Akten der hier zu Grunde liegenden Strafsache mit dem Beschluß der Strafkammer vorgelegt hatte, hat sich im Wesentlichen mit der Ansicht der Staatsanwaltschaft R. einverstanden erklärt, indem sie insbesondere davon ausgehe, daß durch Verweisung der Hehlerei in den Prozeß eben die Sache zur Forstrügesache werde; auch sei, soweit bekannt, die gleichzeitige Anwendung des § 259 bisher einem Anstand in keiner Weise begegnet. Uebrigens sehe man sich nicht veranlaßt, eine prinzipielle Regelung der Sache anzuordnen, wolle vielmehr der Staatsanwaltschaft R. anheimgegeben haben, im einzelnen Fall den eingenommenen Standpunkt zu wahren und durch Einlegung der zulässigen Rechtsmittel weiter zu verfolgen.

Hätte die württembergische Gesetzgebung die Hehlerei in Beziehung auf den Forstdiebstahl durch die Aufnahme in den Art. 34 wirklich zur Forstrügesache gemacht, so hätte sie den ihr durch § 5 des E.G. zum R.St.G.B. gezogenen Strafrahmen (Höchstbetrag 2 Jahre Gefängnis) überschritten, sei es daß nur R.St.G.B. § 259 oder auch die §§ 260 und 261 in Betracht kämen.

Zusammenhang dieser Strafthaten beachtend, welcher die Anwesenheit des Diebs in der Hauptverhandlung gegen den Begünstiger oder Hehler meist notwendig macht, trug sie einem praktischen Bedürfnis Rechnung, indem sie die Erledigung beider Strafthaten in demselben Verfahren für geboten erachtete. Als sie aber bei Art. 35 (Art. 34 des Gesetzes) an die Regelung dieses zunächst nur gleichzeitig, nicht einheitlich gedachten Verfahrens gelangte, bot sich auf den ersten Blick ein gar seltsames Bild dar. Begünstigung und Hehlerei, lediglich als Strafthaten i. S. der §§ 257 und 259 des R.St.G.B. aufgefaßt, mußten an sich nach den Vorschriften der R.St.P.O. verhandelt und abgeurteilt werden, während für den Forstdiebstahl die Erledigung mittels Strafbefehls und Hauptverhandlung ohne Schöffen vorgesehen war. In der Hauptverhandlung hätten also der im allgemeinen bestellte Amtsanwalt und der Amtsanwalt für Forstrügesachen neben einander thätig sein, die Schöffen bei der Verhandlung über den Forstdiebstahl abtreten, bei der über die Begünstigung oder Hehlerei mitwirken müssen, bei der ersten Strafthat wären die Zeugen nach Art. 27, bezw. 28 des F.St.G. unbeeidigt, bei der letzteren beeidigt zu vernehmen gewesen und endlich hätte das Urteil kein einheitliches sein können — Art. 32 Abs. 2. So blieb bei einem Bestehen auf der Verbindung der Verhandlung nur die Wahl, entweder das äußerst wünschenswerte vereinfachte Verfahren für den Forstdiebstahl fallen zu lassen und auch ihn in den Formen der R.St.P.O. abzuwandeln, oder aber das für den Forstdiebstahl vorgesehene besondere Verfahren auch auf die Begünstigung und die Hehlerei in Beziehung auf einen Forstdiebstahl auszudehnen. Zum letzteren Schlusse gelangte die Kommission, indem sie, wie oben die Staatsanwaltschaft R., mit Unrecht in Abs. 3 § 3 des E.G. z. R.St.P.O. eine gegenüber dem materiellen Recht völlig selbständige Befugnis zum Erlaß einer derartigen Vorschrift erblickte.

Es fragt sich nun, wie gestaltet sich jetzt vom Standpunkt der Unanwendbarkeit des Art. 34 aus das Verfahren. Die Uebertretung i. S. des § 361 Nr. 9 des R.St.G.B. kommt,

weil ihretwegen ein Strafbefehl erlassen werden kann, nur rücksichtlich der Hauptverhandlung St.P.O. § 451 in Betracht, Es handelt sich um das Verhältnis des Schöffengerichts zu dem mit einem besonderen Verfahren in Forststrafsachen betrauten Amtsgericht, m. a. W.: ist das Amtsgericht im letzteren Fall ein Sondergericht und das festgesetzte Verfahren ein ausschließliches oder nicht?

Die einschlagenden Gesetzesbestimmungen sind E.G. z. R.St.P.O. § 3 Abs. 3: „Die Landesgesetze können anordnen, daß Forst- und Feldrügesachen durch die Amtsgerichte in einem besonderen Verfahren, sowie ohne Zuziehung von Schöffen verhandelt und entschieden werden“ und der auf Grund hievon erlassene, oben angeführte Art. 19 des württ. Forststrafgesetzes.

Das Reichsgericht (2. Strafsen.) hat sich in einem Urteil vom 4. Jan. 1881 [1]) bezüglich des eine ganz gleiche Bestimmung, wie der gen. Art. 19, treffenden preuß. Forstdiebstahlsgesetzes v. 15. April 1878 dahin ausgesprochen, daß trotz der Anordnung eines besonderen Verfahrens für Forststrafsachen die mit deren Erledigung ausschließlich beauftragten Amtsgerichte dennoch in dieser Funktion zu den ordentlichen Gerichten gehörten, und daß deshalb Forst- und Feldrügesachen gem. St.P.O. § 2 mit andern vor ein Gericht höherer Ordnung gehörigen Strafsachen verbunden werden könnten. Die Entscheidung gründet sich u. a. darauf, daß der Entw. des G.V.G. § 3 (jetzt 14) unter Nr. 5 die Einsetzung besonderer Forst- und Feldrügegerichte vorgesehen hatte, daß diese Nr. 5 aber gestrichen und durch Abs. 3 § 3 E.G. z. St.P.O. ersetzt worden ist, um diese Sachen an die ordentlichen Gerichte zu bringen, aber ein einfaches Verfahren zu gestatten [2]). Das Reichsge-

1) Entsch. des Reichsg. in Straff. III. S. 157, Rechtspr. des Reichsg. II. S. 693; ferner in ganz gleichem Sinn durch Urteil vom 4. März 1886 der 1. Straffen. bezüglich des bayr. Forststrafgesetzes vom 28. März 1852 / 26. Sept. 1879, Entsch. des Reichsg. in Straff. XIII. S. 385.

2) Die Frage, ob die Landesgesetzgebung auf Grund des § 3 Abs. 3 E.G.'s z. St.P.O. befugt ist, die Verbindung auszuschließen, wie Löwe,

richtsurteil bezieht sich auf die Möglichkeit der Verhandlung einer Forststrafsache vor der Strafkammer; man wird aber denselben Satz für das Verhältnis der Amtsgerichte als Forststrafgerichte zu den Schöffengerichten aufstellen dürfen. § 2 der St.P.O. sagt: „Zusammenhängende Strafsachen, welche einzeln zur Zuständigkeit von Gerichten verschiedener Ordnung gehören, können verbunden bei demjenigen Gerichte anhängig gemacht werden, welchem die höhere Zuständigkeit zustehe".

Daß dem Schöffengericht gegenüber dem Amtsgericht ohne Schöffen die höhere Zuständigkeit zusteht, ergibt schon eine Vergleichung des Abs. 2 mit Abs. 1 des § 211 St.P.O., ferner § 447 St.P.O., es ist dies aber auch im württ. Forststrafgesetz ausgesprochen, indem nach Art. 19 Abs. 2 nur bis zu einer bestimmten Strafhöhe ohne Zuziehung von Schöffen verhandelt werden darf[1]).

So gilt denn entgegen dem Art. 34 des württ. Forststrafgesetzes nach R.St.P.O. §§ 2 u. 3 für den württ. Richter thatsächlich folgender Rechtssatz:

„Hängt mit einer nach den Vorschriften des Forststrafgesetzes zu beurteilenden Strafsache die Beschuldigung der Begünstigung eines Forstdiebstahls oder der Hehlerei (§ 259 R.St.G.B.) in Beziehung auf einen solchen (oder einer nach § 361 Nr. 9 des R.St.G.B. zu bestrafenden Uebertretung) zusammen, so ist die Forststrafsache mit diesen Zuwiderhandlungen zu verbinden und nach dem für die letzteren vorgeschriebenen Verfahren zu erledigen".

Damit ist aber leider für solche Fälle das sehr ersprießliche, einfache Verfahren des Forststrafgesetzes beseitigt[2]); schon

Komm. z. St.P.O. 4. Aufl. Note 12 z. a. Stelle gegen John, Komm. z. St P.O. S. 98 annimmt, kann hier dahingestellt bleiben. Von der Auffassung des Reichsgerichts giengen schon die Motive z. württ. F.St.G. § 5 (R. Justizgesetzg. VI. S. 574) aus.

1) Vergl. auch Art. 24, ferner Motive z. F.St.G. § 17 (R. Justizgesetzg. VI. 590 ff.); Kommissionsbericht, S. 636 a. a. O.

2) Die Motive z. F.St.G. § 17 S. 591 a a. O. sagen: Eine Be-

die Rücksicht auf das Verfahren läßt also die nach der Reichsgesetzgebung anstandslose Festsetzung der Begünstigung und Hehlerei in Beziehung auf einen Forstdiebstahl als Forststrafthat als durchaus wünschenswert erscheinen [1]). Die folgerichtige Anwendung des Art. 34 würde überdies dazu führen, daß nach demselben die Schöffengerichte wegen gewerbs- und gewohnheitsmäßiger Hehlerei, sowie wegen Hehlerei im Rückfall, St.G.B. §§ 260 und 261, auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren zu erkennen hätten, wofür sie im Hinblick auf G.V.G. § 73 Ziff. 6 gewiß nicht zuständig sind.

Aber auch vom sachlichen Standpunkte aus ist die Auffassung des württ. Forststrafgesetzes von der Begünstigung und Hehlerei in Beziehung auf einen Forstdiebstahl nicht gerechtfertigt. Es ist ein altes deutsches Rechtssprichwort: „Der Hehler ist wie der Stehler". Dieser Rechtsauffassung des Volkes ist das Reichsstrafgesetzbuch, wie vor ihm die Landesstrafrechte, dadurch gerecht geworden, daß es die Hehlerei ganz entsprechend dem Diebstahl bestraft; die besonderen Vorschriften über gewerbs- und gewohnheitsmäßige Hehlerei St.G.B. § 260 betreffen nur, entsprechend dem § 243 beim Diebstahl, einen straferhöhenden Umstand, keinen selbständigen Thatbestand [2]); die Zulässigkeit der Polizeiaufsicht bei jeder Verurteilung wegen Hehlerei St.G.B. § 262 ist durch die eigentümliche Natur dieser Strafthat bedingt. Auf Grund des Zusammenhangs der Begünstigung und der Hehlerei mit der Hauptthat (R.St.P.O. § 3) hat denn auch die preußische — diese nach

schränkung der Zuziehung von Schöffen aber, wie sie Abs. 2 des Art. 20 (19 d. Ges.) verordnet, mußte als eine unabweisliche Notwendigkeit erachtet werden, weil die Verhandlung und Entscheidung dieser Strafsachen, müßte sie, außer in den im § 211 R.St.P.O. bestimmten Fällen, durch das Schöffengericht erfolgen, eine übermäßige Belästigung der Bevölkerungsklassen, aus welchen die Schöffen hervorgehen, und eine erhebliche Verzögerung des Verfahrens zur Folge haben würde.

1) Ueber den Begriff der „Forst- und Feldrügesachen vergl. Löwe, Komm. z. St.P.O. Note 8 zu § 3 E.G. z. St.P.O, über die in dieser Gesetzesstelle der Landesgesetzgebung eingeräumte Befugnis Note 9 das.

2) Entsch. des Reichsger. in Straff. XIV. S. 356.

dem Vorgang ihres seitherigen Rechts — und die badische Gesetzgebung, nachdem sie den Forstdiebstahl vom gemeinen Diebstahl ausgeschieden, ganz folgerichtig ebenso die Begünstigung und die Hehlerei in Bezug auf einen Forstdiebstahl von der gemeinen Begünstigung und Hehlerei ausgenommen und zu Forststrafsachen gemacht.

In bewußtem Gegensatz zu diesen Gesetzgebungen hat die württembergische Gesetzgebung eine solche Ausscheidung unterlassen. Die Motive zum F.St.G. sagen § 12 [1]):

„Nach dem § 5 des preuß. F.D.G. wird, wer sich in Beziehung auf einen Forstdiebstahl der Begünstigung oder Hehlerei schuldig macht, mit einer Geldstrafe bestraft, welche dem fünffachen Wert des Entwendeten gleichkommt und niemals unter Einer Mark betragen darf. Die Bestimmungen des § 257 Abs. 2 u. 3 des R.St.G.B. finden Anwendung. Nach § 6 Nr. 3 kann neben der Geldstrafe auf Gefängnisstrafe bis zu sechs Monaten erkannt werden, wenn die Hehlerei gewerbsmäßig oder gewohnheitsmäßig betrieben worden ist. Der Entwurf enthält keine Bestimmungen über die Bestrafung der Begünstigung und der Hehlerei in Bezug auf Forstdiebstahl. In Betreff der Begünstigung unterliegt die Anwendbarkeit der Bestimmungen des § 257 des R.St.G.B. keinem Zweifel. Daß auf Hehlerei in Bezug auf den aus dem Thatbestand des gemeinen Diebstahls ausgeschiedenen Forstdiebstahl der § 258 des R.St.G.B. keine Anwendung findet, ist ebenfalls zweifellos. Hievon ausgegangen war ein Bedürfnis, besondere Bestimmungen über die Hehlerei in Beziehung auf Forstdiebstahl zu treffen, nicht als vorhanden zu erachten. Landesgesetzliche Bestimmungen, durch welche die Strafe anders bestimmt würde, könnten zudem, insbesondere bei der gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Hehlerei, zu Verwicklungen führen, welche besser vermieden werden".

Dieser Auffassung der Motive ist die Mehrheit der Justizgesetzgebungskommission d. K. d. A., wie oben ausgeführt, aus

1) R. Justizgesetzg VI. S. 588.

den dort bezeichneten Gründen beigetreten. An der Befugnis der Landesgesetzgebung zur Ausscheidung der Begünstigung und Hehlerei scheint weder der Entwurf, noch die Kommissionsmehrheit gezweifelt zu haben.

Gegenüber den von beiden Faktoren in betreff der Ausscheidung der Begünstigung und Hehlerei gehegten Befürchtungen ist darauf hinzuweisen, daß die preußische Gesetzgebung diese Ausscheidung auf Grund langjähriger Erfahrung im bisherigen Rechte vornahm und daß auch seit 1879 keinerlei Klagen wegen dieser Ausscheidung aus Preußen oder Baden laut geworden sind. Allein jene Bedenken, wie sie ausführlicher der Kommissionsbericht enthält [1]), lassen sich überdies zum Teil sachlich beanstanden.

Die mit ihrer Auffassung in der Kammer durchgedrungene Kommissionsmehrheit sagt, für denjenigen, welcher sich gewerbs- oder gewohnheitsmäßig mit dem Ankauf und Vertrieb gestohlenen Holzes abgebe, werde es meist nicht nur gleichgültig, sondern auch gar nicht erkennbar sein, ob das Holz von dem Dieb durch gemeinen Diebstahl erlangt, ob es als aufbereitetes oder als unaufbereitetes Holz gestohlen worden sei. Wolle man eine Trennung der beiden Kategorieen der Hehlerei vornehmen, so könne man, um (gewerbs- oder gewohnheitsmäßige) Hehlerei i. S. des F.St.G. anzunehmen, hiezu nur die Fälle des durch Forstdiebstahl Erworbenen herbeiziehen, wogegen die andern Fälle als gemeine Hehlerei zu betrachten seien. Dies werde aber bald dahin führen, daß wegen der geringen Anzahl der bezüglich der einen und der andern Art von Hehlerei vorliegenden Fälle gewerbsmäßige Hehlerei überhaupt nicht angenommen werden könne, bald dahin, daß Konkurrenz von gemeiner Hehlerei und Hehlerei in Beziehung auf Forstdiebstähle anzunehmen sei.

Abgesehen von dem begründeten Einwand der Kommissionsminderheit hiegegen [2]), daß das Interesse des Hehlers

---

1) R. Justizgesetzg VI. S. 631.
2) R. Justizgesetzg. VI. S. 632.

durch eine mildere Strafandrohung für die Hehlerei bezüglich des Forstdiebstahls wesentlich dafür engagiert werde, einen etwaigen Zweifel in jener Richtung zu beseitigen, daß aber auch die Natur der Dinge, der Oertlichkeit, des Verkehrs hinreichend dafür Sorge trage, Komplikationen von Hehlerei in Beziehung auf Forstdiebstahl und andere Diebstähle zu den äußersten Seltenheiten zu machen, ist jene Ansicht auf einer zu beaustandenden Auffassung des Thatbestandmerkmals der Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit bei der Hehlerei aufgebaut [1]).

In § 260 R.St.G.B. deutet schon der Ausdruck „Betreiben" in nicht mißzuverstehender Weise auf die juristische Einheit der vorliegenden mehreren Akte des gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Handelns hin. Gewerbsmäßig ist ein Betrieb mit der Absicht des Handelnden, eine fortgesetzte, wenn auch nur gelegentliche, auf Erlangung von Vorteilen gerichtete Thätigkeit auszuüben; gewohnheitsmäßig ist ein Betrieb, welcher einem durch Uebung ausgebildeten, bewußten oder unbewußten Hange zur wiederholten Vornahme der fraglichen Handlung gleicher Art entspringt. Zur Annahme der Gewerbsmäßigkeit kann ein Einzelfall genügen, die Gewohnheitsmäßigkeit erfordert dagegen eine Mehrheit von Einzelhandlungen, allein sie kann an der Hand eines Einzelfalls erwiesen werden. Zum Nachweis sowohl der gewerbs- als der gewohnheitsmäßigen Hehlerei können bereits abgeurteilte, verjährte, im Ausland begangene und unter einer andern Gesetzgebung begangene Fälle herangezogen werden. Andererseits erledigt aber auch die Aburteilung der gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Hehlerei alle den Charakter dieser Strafthat an sich tragenden, bis zur Urteilsfällung begangenen Fälle. Hieraus geht unwiderleglich hervor, daß von einer Konkurrenz beider Arten von Hehlerei hinsichtlich der Frage

---

1) Vgl. zum Folgenden Olshausen, Komm. (2. Aufl.) zu § 260 und die dort angeführte Litteratur, insbesonders die Reichsgerichtsentscheidungen; H. Meyer, Lehrb. (4. Aufl.) § 59 unter d S. 482—484.

der Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit niemals die Rede sein könnte. Hätte der Hehler in Beziehung auf Forstdiebstähle und auf einen gemeinen Diebstahl gehehlt, so wäre das Urteil aus R.St.G.B. § 260 zu schöpfen; die Hehlerei bezüglich der Forstdiebstähle würde lediglich zum Nachweis der Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit dienen.

Die subjektive Seite beim Begünstiger und Hehler wird von der Kommissionsmehrheit zu sehr in den Hintergrund gedrängt. Sie läßt sich berücksichtigen, das zeigt R.St.G.B. § 261 Abs. 1. Hier muß der Hehler gewußt haben, daß die That, auf welche sich seine Hehlerei bezieht, zu den in Abs. 1 bezeichneten gehört [1]). Warum soll, wie hier wegen der Schwere der Hauptthat, nicht bei den Forstdiebstählen wegen der Geringfügigkeit derselben für die Hehlerei eine entsprechende Strafe angedroht werden?

Dagegen ist die Kommissionsmehrheit in der Annahme der Selbständigkeit der Begünstigung und der Hehlerei gegenüber der Hauptthat viel zu weit gegangen [2]).

Auf einen sehr gewichtigen Vorgang beruft sich allerdings die Kommissionsmehrheit zur Rechtfertigung ihres Standpunkts, nämlich auf das Reichsstrafgesetzbuch selbst. Auch nach diesem beziehe sich die Begünstigung auf alle (Verbrechen und) Vergehen und könne die Hehlerei (i. S. des § 259 R.St.G.B.) hinsichtlich jeder strafbaren Handlung, also auch bei den möglicherweise nur mit einer Geldstrafe von 1 M. zu belegenden Uebertretungen vorkommen; es müsse also auch nach diesem Gesetz das Vergehen der Hehlerei, sofern der Mindestbetrag ein Tag Gefängnis sei, unter Umständen härter bestraft werden, als das prinzipale Delikt. Allein diese Fälle werden einmal sehr selten sein, am häufigsten bei der Uebertretung i. S. des § 370 Ziff. 5 St.G.B. [3]), und dann ist

1) Entsch. des Reichsger. in Straff. XV. S. 364.

2) Vgl. über das Verhältnis dieser Strafthaten zu der Hauptthat die Abhandlung von Schwab in diesen Jahrbüchern Bd. II. S. 167 ff. H. Meyer, Lehrb. § 33 unter Ziff. 1 des §. 37 Ziff. 1.

3) Olshausen, Komm. zu § 370 Note 5, c.

auch in der That die verwirkte Strafe unter Umständen eine unverhältnismäßig harte, bei gewerbs- oder gewohnheitsmäßiger Hehlerei und bei Hehlerei im Rückfall Zuchthaus bis zu zehn Jahren. Gerade diese Härte mußte aber bei der Beratung des Forststrafgesetzes in Betracht kommen und zur Festsetzung einer milderen Strafe führen.

Ferner treten bei der Begünstigung und der Hehlerei in Beziehung auf einen Forstdiebstahl nicht, wie die Kommissionsmehrheit annimmt, die Motive, welche meistens zum Forstdiebstahl führen und für dessen milde Bestrafung sprechen, in den Hintergrund. Bei der Begünstigung, die übrigens außer Betracht bleiben kann, weil sie nicht härter, als die Hauptthat, bestraft werden darf, wird sogar häufig ein an sich ganz edles Motiv, das Mitleid, bestimmend sein, aber auch bei der Hehlerei kann es vorkommen, daß sich der Hehler nur durch die Bitten und mit Rücksicht auf die Not des Hauptthäters zur Abnahme der unrechtmäßig erworbenen Sache versteht.

Am lautesten aber spricht endlich, wie schon hervorgehoben, für die hier vorgeschlagene Regelung das schreiende Mißverhältnis zwischen der auf den Forstdiebstahl selbst, der eben doch ein Diebstahl mit allen seinen Merkmalen ist, und der auf die Hehlerei in Beziehung auf einen solchen angedrohten Strafe. Während die Kommissionsmehrheit sich bei der gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Hehlerei mit Beziehung auf einen Forstdiebstahl ausdrücklich für eine Strafe bis zu zehn Jahren Zuchthaus ausspricht, hat schon die Kommissionsminderheit klar dargethan, daß eine Gesetzgebung solcher Art, wie die Erfahrung lehre, lediglich dahin führe, daß dieselbe in der Praxis nur in den schwersten Fällen überhaupt zur Ausführung komme, zumal wenn, wie dies unvermeidlich sei, Gerichte höherer Kategorie, lange nachdem die Hauptthat abgerügt wäre, selbständig gegen die Hehler vorzugehen veranlaßt werden müßten. Recht deutlich erhellt dieses Mißverhältnis aus einer Vergleichung des vom Rückfall beim Forstdiebstahl handelnden Art. 12 des F.St.G. mit dem vom Rückfall bei der Heh-

lerei handelnden § 261 R.St.G.B. [1]). Gewiß muß zugegeben werden, daß die Hehlerei wegen ihrer größeren Heimlichkeit eine gefährlichere Strafthat sein kann, als der Diebstahl selbst, wie schon l. 1 D. de receptatoribus 47, 16 die Hehler als „pessimum genus, sine quibus nemo latere diu potest" bezeichnet, allein ein Mißverhältnis, wie es in unserem heutigen württembergischen Recht besteht, entspricht ebensowenig der Billigkeit, als der Volksauffassung.

Sonach darf es nicht nur mit Rücksicht auf die Einfachheit des Verfahrens, sondern auch vom Standpunkt der Gerechtigkeit aus als ein dringendes Bedürfnis bezeichnet werden, nach dem erprobten Vorgang der Gesetzgebung für große Gebiete auch in das württembergische Forststrafgesetz die Begünstigung und Hehlerei in Beziehung auf einen Forstdiebstahl als besondere Strafthaten gegenüber der gemeinen Begünstigung und Hehlerei aufzunehmen.

V.

Das Württembergische Forststrafgesetz vom 2. September 1879.

Die vorstehende Ausführung berührt Bedenken gegen den Art. 34 des bezeichneten Gesetzes, von welchen zunächst hier nur eines weiter besprochen werden soll.

Wenn davon ausgegangen wird, daß das Gesetz auch die in Bezug auf Forstdiebstähle gewerbs- oder gewohnheitsmäßig betriebene, bezw. im Rückfall begangene Hehlerei (§§ 260 u. 261 des R.St.G.B.) zu der Hehlerei, auf die sich der Art. 34 bezieht, rechne, daß also eine folgerichtige Anwendung dieses Artikels dazu führen würde, die Schöffengerichte als zuständig zur Aburteilung der gedachten Verbrechen zu erachten, so läßt sich dem gegenüber folgendes sagen:

1) Hiezu Motive R. Justizgesetzg. VI. 586 und Kommissionsbericht a. a. O. S. 626 ff.



Der Art. 35 des Entwurfes des Forststrafgesetzes hat auf den Antrag der Mehrheit der Justizgesetzgebungs-Kommission der Kammer der Abgeordneten die aus Art. 34 des Gesetzes ersichtliche Abänderung erlitten. Daß die Kommission den § 258 des R.St.G.B. als beim Forstdiebstahl überhaupt nicht platzgreifend angesehen hat (R.J.G.G. VI. S. 631), ist in vorstehender Abhandlung hervorgehoben. Der Antrag ihrer Minderheit auf Festsetzung besonderer Strafdrohungen für Begünstigung eines Forstdiebstahls (§ 257 d. R.St.G.B.), für Hehlerei in Beziehung auf einen solchen (§ 259 d. R.St.G.B.), für gewerbs- oder gewohnheitsmäßig betriebene, sowie im Rückfall begangene Hehlerei, und die Gegenausführung der Kommissionsmehrheit, welche von dem gemeinen Rechte abweichende Strafdrohungen nicht aufgestellt wissen wollte, finden sich bei den Erörterungen zu den den Vorschriften über das Verfahren vorangeschickten materiellen Bestimmungen (Entwurf Art. 13 u. 14, Gesetz Art. 10 u. 11); die Erwägungen bewegen sich wesentlich auf dem materiell rechtlichen Gebiete und die Regelung eines für den Hauptthäter und für Begünstiger und Hehler gemeinschaftlichen Verfahrens wird der Beschlußfassung zu Art. 35 des Entwurfes vorbehalten (R.J.G.G. l. cit. S. 631—633). Zu diesem letzteren Artikel gibt zwar der Kommissionsbericht keine Erläuterungen, er bezieht sich lediglich auf das „oben Erörterte“ (l. cit. S. 643), aber das in dem Kommissionsantrag (genau so wie in dem Gesetz Art. 34) der „Hehlerei“ ausschließlich beigegebene Allegat des § 259 d. R.St.G.B. weist umsomehr darauf hin, daß nur der Thatbestand dieses Paragraphen gemeint sei, als in den Ausführungen der Kommission zu Art. 20 des Entwurfes (Ges. Art. 19) von zweijähriger Gefängnisstrafe, als dem Maximum der amtsgerichtlichen Strafzuständigkeit überhaupt, (zu vergl. Entw. Art. 12), die Rede ist (R.J.G.G. l. cit. S. 637).

In der Sitzung der zweiten Kammer vom 19. Febr. 1879 wurde bei der Beratung der materiell rechtlichen Bestimmungen des Gesetzes der oben erwähnte Antrag der Kommissionsminderheit abgelehnt, bezw. zurückgezogen; abgelehnt

wurde auch ein Unterantrag des Abgeordneten Mohl, besondere Strafen für Begünstigung eines Forstdiebstahls (§ 257 d. R.St.G.B.) und für Hehlerei in Beziehung auf einen solchen „(§ 258 Abs. 1 und 259 d. R.St.G.B.)" in höherem Maß, als die Kommissionsminderheit beantragt hatte, festzusetzen. Der Mitberichterstatter der Kommission (Vertreter der Minderheit), Abg. v. Schad, hob als Zweck des Minderheitsantrags die Möglichkeit hervor, ein gemeinschaftliches Verfahren für Hauptthäter, „Begünstiger und Hehler" zu bekommen, weil sich sonst das Verfahren nach den allgemeinen prozessualen Bestimmungen der R.St.P.O. richte. Der Regierungskommissär, Staatsrat v. Binder, und der Berichterstatter (Vertreter der Kommissionsmehrheit), Abg. Elben, verwiesen die Erörterung der prozessualen Frage auf die Beratungen über das Verfahren überhaupt, wobei ersterer (v. Binder) anfügte, es sei ihm nicht zweifelhaft, daß auch bei Geltung der Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuchs die Aburteilung der Begünstigung und der einfachen Hehlerei, als Forstrügesachen, in demselben Verfahren mit dem Forstdiebstahle zuläßig sei. Ein Beschluß über das Verfahren erfolgte bei diesem Anlasse nicht. (Verh. der Kammer der Abg. von 1877—79, IV. Prot. Bd. S. 2354 bis 2361). — In der Sitzung der II. Kammer vom 21. Februar 1879, in welcher Art. 34 des Gesetzes entsprechend dem Kommissionsantrag angenommen worden ist, wurde von dem Berichterstatter, Abgeordn. Elben, nur im allgemeinen als Zweck des beantragten Artikels die gemeinschaftliche Verhandlung der „Nebendelikte" mit dem prinzipalen Delikt hervorgehoben. Die §§ 260 und 261 des R.St.G.B. wurden gar nicht erwähnt. Die wenigen Redner (Abg. Elben, Mohl, v. Schad) sprachen nur darüber, ob es sich empfehle oder unnötig sei, hinter „Begünstigung" den § 257 des R.St.G.B. zu allegieren, und wieder davon, ob (zurückgenommener Antrag Mohl) hinter „Hehlerei" neben dem Citat des § 259 auch das des § 258 Abs. 1 des St.G.B. beizufügen sei. Daß die Redner den Allegaten eine erklärende Bedeutung in dem Sinn, welche Hehlerei ausschließlich gemeint

sei, beigelegt haben, darauf weisen hin eine Aeußerung des Abg. Elben: „§ 259 ist deshalb citiert, weil hier, wenn er „nicht citiert wäre, darüber ein Zweifel sein könnte, welche Heh„lerei gemeint ist, die des § 258 oder die des § 259", eine Bemerkung des Abgeordn. v. Schad, indem er von den in dem Art. 34 (Ges.) erstmals genannten „Vergehen der Begünstigung und Hehlerei" spricht, die dem beim Forstdiebstahl anzuwendenden Verfahren unterworfen werden sollen, weshalb auch „die hiezu gehörigen Artikel des R.St.G.B." zitiert werden könn„ten, und eine Bemerkung des Abgeordn. Mohl: es wäre „ganz „logisch, in Klammern zu sagen bei der Begünstigung: „„§ 257"" „und bei der Hehlerei: „„§ 259"", der erste handelt von der „Begünstigung, der zweite von der Hehlerei". (IV. Prot. Bd. S. 2436—2438). — Der in der fraglichen Richtung zu einem von den Beschlüssen der zweiten Kammer abweichenden Ergebnis nicht gelangende Antrag der Kommission der Kammer der Standesherren berührt die prozessuale Frage nicht (Verh. v. 1877—80 Beil. Bd. S. 412 u. 416). Der Art. 34 des Gesetzes wurde gemäß dem Beschlusse der II. Kammer in der Sitzung der I. Kammer vom 18. Juli 1879 ohne Debatte angenommen (Prot. Bd. S. 600).

Aus all dem ergibt sich, daß das Forststrafgesetz vom 2. Sept. 1879 sein besonderes Verfahren (außer der Begünstigung) nur auf dasjenige Vergehen der Hehlerei angewendet wissen will, dessen Thatbestand durch Allegierung in dem Forststrafgesetz (Art. 34) kenntlich gemacht ist, nämlich nur auf Hehlerei im Sinn des § 259 des R.St.G.B., und das Landesgesetz kann nicht wohl von dem Gesichtspunkt aus angegriffen werden, daß es in seiner folgerichtigen Anwendung zu der Annahme führe, die Schöffengerichte seien zuständig, die Verbrechen der §§ 260 u. 261 des R.St.G.B. abzuurteilen.

Ob und inwieweit im übrigen den Ausführungen der voranstehenden Einsendung zuzustimmen oder entgegenzutreten ist, soll etwaigen weiteren Mitteilungen vorbehalten bleiben.

Eine Erörterung über die Forstdiebstahlgesetze in den

deutschen Bundesstaaten gibt Dr. H. Ziegner-Gnüchtel: „Der Forstdiebstahl. Darstellungen aus dem in Deutschland geltenden Rechte", in v. Liszt, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band VIII, S. 222—314. Er führt u. A. gegenüber dem preußischen Forst-Diebstahls-Gesetz vom 15. April 1878 [1]) aus, daß zwar dem accessorischen Charakter der Beihilfe und Hehlerei nicht alle Rücksicht zu versagen, das Partikularrecht also für befugt anzusehen sei, für die in Bezug auf einen Forstdiebstahl gewährte Begünstigung (auch wenn sie des eigenen Vorteils wegen gewährt wird) besondere Strafsätze aufzustellen; er bemängelt aber, daß das preußische Gesetz, indem es bezüglich der Hehlerei nicht unterscheide, die Sachhehlerei des § 259 des St.G.B. in seinen Rahmen ziehe, und erklärt das Partikularrecht als hiezu nicht ermäch-

1) Das preußische Gesetz vom 15. April 1878, betr. den Forstdiebstahl, bestimmt in § 5: „Wer sich in Beziehung auf einen Forstdiebstahl der Begünstigung oder der Hehlerei schuldig macht, wird mit Geldstrafe bestraft, welche dem fünffachen Wert des Entwendeten gleichkommt und niemals unter einer Mark betragen darf." Abs. 2.: „Die Bestimmungen des § 257 Abs. 2 u. 3 des R.St.G.B. finden Anwendung"; in § 6: „Neben der Geldstrafe kann auf Gefängnisstrafe bis zu 6 Monaten erkannt werden 2c. 3: „wenn die Hehlerei gewerbs- oder gewohnheitsmäßig betrieben worden ist;" in § 7: „Wer, nachdem er wegen Forstdiebstahls oder Versuchs eines solchen, oder wegen Teilnahme (§ 4), Begünstigung oder Hehlerei in Beziehung auf einen Forstdiebstahl von einem preußischen Gerichte rechtskräftig verurteilt worden ist, innerhalb der nächsten zwei Jahre abermals eine dieser Handlungen begeht, befindet sich im Rückfall und wird mit einer Geldstrafe bestraft, welche dem zehnfachen Werte des Entwendeten gleichkommt und niemals unter zwei Mark betragen darf"; in § 8: „Neben der Geldstrafe ist auf Gefängnis bis zu zwei Jahren zu erkennen, wenn der Thäter sich im dritten oder ferneren Rückfall befindet. Beträgt die Geldstrafe weniger als zehn Mark, so kann statt der Gefängnisstrafe auf eine Zusatzstrafe bis zu 100 Mark erkannt werden." — § 4 versteht unter Teilnahme die Mitthäterschaft, Anstiftung und Beihilfe. Das Verfahren für die Fälle der §§ 6 u. 8 hat gegenüber dem sonstigen Verfahren in Forstrügesachen die Besonderheit, daß die Hauptverhandlung der Amtsgerichte unter Zuziehung von Schöffen stattfindet (§ 19), daß ein Erlaß von Strafbefehlen nicht statthaft ist (§ 30) und daß nur in diesen Fällen gegen die in der Berufungsinstanz erlassenen Urteile Revision stattfindet (§ 32). A. d. E.

tigt. Er nimmt ferner im Gegensatz zu den Ausführungen der voranstehenden Einsendung an, daß die Bestimmung des § 6 Nr. 3 des preußischen Forstdiebstahlsgesetzes (Bestimmung über gewerbs- oder gewohnheitsmäßig betriebene Hehlerei), wenn gültiges Recht enthaltend, zur Begründung der Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit der in Bezug auf andere strafbare Handlungen (als den Forstdiebstahl) begangenen Hehlerei nicht benützt werden dürfte, aber er erklärt auch diese Sonderbestimmung als eine gegenüber dem zwischen Personen- und Sachhehlerei nicht unterscheidenden § 260 des R.St.G.B. nicht zu Recht bestehende (l. c. S. 262—266, vgl. S. 282 u. 306). Die von dem württembergischen Forststrafgesetze (dessen Zurückhaltung in Bezug auf Eingriffe in den allgemeinen Teil des St.G.B. hervorgehoben wird) in Art. 34 getroffenen Bestimmungen erörtert Ziegner-Gnüchtel nicht (l. c. S. 290—95).

VI.

Ueber die Vernehmung des Beschuldigten durch den Staatsanwalt.

Von

Landrichter Hartmann in Ellwangen.

Mit Rücksicht auf den in dem zweiten Bande dieser Zeitschrift Seite 43 veröffentlichten Beschluß des Strafsenats des Königl. Oberlandesgerichts vom 2. März 1887 dürfte auch der folgenden Ausführung Raum gegönnt werden, welche teilweise zu einem abweichenden Ergebnisse gelangt.

Im Strafprozesse, von welchem hier das Vollstreckungsverfahren nicht interessiert und deshalb ausscheidet, ist entsprechend der accusatorischen Form der Beschuldigte vom Staatsanwalt als Vertreter des Staats als Prozeßgegners unabhängig, soweit nicht das Gesetz Ausnahmen bestimmt. Abgesehen von der Zeit der gerichtlichen Vernehmung des Beschuldigten im Vorverfahren und bei der Hauptverhandlung ist nirgends verboten, daß der Staatsanwalt einen vor ihm anwesenden Beschuldigten zur Sache über etwas fragt. Es ist aber

auch nirgends geboten, daß der Beschuldigte ihm auf seine Frage antworte, und die loyale Auslegung des § 136 Abs. 2 St.P.O. gebietet, wie dem Richter, umsomehr dem Staatsanwalt, den von ihm zu vernehmenden Beschuldigten vorher zu fragen, ob er ihm etwas erwidern wolle. Das wird niemand bestreiten und wohl auch nicht die Strafkammer des Landgerichts, auf deren Beschluß sich der oben citierte Beschluß des Oberlandesgerichts bezieht. Wenn also der Staatsanwalt einen vor ihm anwesenden Beschuldigten auf diese Gefahr hin vernehmen will, so mag er es thun. Der Beschluß des Oberlandesgerichts legt ihm ausdrücklich nahe, zu prüfen, „ob eine weitere Vernehmung des Beschuldigten — nämlich durch ihn, den Staatsanwalt — dem Geist des Gesetzes nicht widerspreche." Nach diesem Geist des Gesetzes nämlich ist der Staatsanwalt Vertreter des Staats als Partei zur Verfolgung des diesem gegen den Beschuldigten zustehenden Strafrechts. Er tritt aber bei einer solchen Vernehmung mit der Autorität eines unparteiischen Beamten auf, und der Beschuldigte glaubt daher nicht selten, ihm ein volles Vertrauen entgegenbringen zu sollen, wo vermöge der Parteirolle und, da der Staatsanwalt nicht einmal unabhängig, sondern gemäß § 147 des Gerichtsverfassungsgesetzes den dienstlichen Weisungen seiner Vorgesetzten unterworfen ist, ein gewisses Mißtrauen begründet ist [1]), welches auch das Gesetz ausdrücklich teilt, indem es in § 253 Abs. 2 St.P.O. bestimmt, daß bei der Hauptverhandlung Erklärungen des Angeklagten, welche in einem zwar amtlichen, aber nicht richterlichen Protokolle enthalten sind, zum Zweck der Beweisaufnahme nicht verlesen werden dürfen. Andererseits muß der Beschuldigte, wenn er der vom Staatsanwalt an ihn gerichteten Aufforderung, sich von ihm vernehmen zu lassen, nicht willfährt, fürchten, den Staatsanwalt gegen sich zu erbittern, so daß dabei eine gewisse Zwangslage stattfindet.

1) Wir brauchen uns wohl kaum gegen die Auffassung zu verwahren, als ob damit irgend einem Staatsanwalt oder Vorgesetzten eines solchen der Vorwurf eines pflichtwidrigen Verhaltens gemacht werden solle. Aber es genügt ja die Besorgnis der Befangenheit. A. d. E.

Eine solche Vernehmung des Beschuldigten durch den Staatsanwalt wird in einem wesentlich anderen Lichte erscheinen, wenn es sich dabei darum handelt, zu Gunsten des Beschuldigten noch Einiges zu erheben, als wenn damit bezweckt wird, in der Ausforschung des Beschuldigten das Aeußerste zu leisten.

Aber eine andere Frage, welche in dem Beschlusse des Oberlandesgerichts nicht ausdrücklich erörtert ist, ist die, ob der Staatsanwalt, wenn der Beschuldigte, den er vernehmen will, vor ihm nicht anwesend ist, ein Zwangsmittel hat, um sein Erscheinen zu erzwingen.

Es ist unbestreitbar, daß die Vorführung eines verhafteten Beschuldigten vor den Staatsanwalt ohne seine — des Beschuldigten — Einwilligung ein Zwangsmittel ist.

§ 159 St.P.O. bestimmt: „Zu dem im vorstehenden Paragraphen bezeichneten Zwecke kann die Staatsanwaltschaft von allen Behörden Auskunft verlangen und Ermittelungen jeder Art, mit Ausschluß eidlicher Vernehmungen, entweder selbst vornehmen oder durch die Behörden und Beamten des Polizei- und Sicherheitsdiensts vornehmen lassen. Die Behörden und Beamten des Polizei- und Sicherheitsdiensts sind verpflichtet, dem Ersuchen oder Auftrage der Staatsanwaltschaft zu genügen." — Wenn nun z. B. der Staatsanwalt durch Anwendung eines physischen oder psychischen Zwangsmittels gegenüber dem Beschuldigten ein Geständnis erpressen würde, so wäre diese „Ermittelung" nach § 343 St.G.B. mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren zu bestrafen. Auch hat z. B. der Staatsanwalt nicht das Recht, ein Zwangsmittel anzuwenden, um eine Person zu zwingen, sich von ihm als Zeuge vernehmen zu lassen [1]).

Hieraus ergibt sich der Rechtssatz: § 159 in Verbindung mit § 158 und 160 St.P.O. ist nicht dahin auszulegen, daß der Staatsanwalt zum Zweck der Ermittelung im Vorbereitungsverfahren sich Alles erlauben darf, sondern nur dahin,

1) Entsch. Reichsg. in Straff., Band 9 S. 438. Vgl. übrigens auch Entsch. Reichsg. Bd. 2 S. 281, bezüglich welch' letzterer Entscheidung eine Erörterung hier zu weit führen würde.

daß Ermittelungen jeder Art innerhalb der in diesen Paragraphen speziell oder sonst bestimmten Grenzen seiner gesetzlichen Befugnisse zu seiner Geschäftsaufgabe gehören.

Nach dem Gesetze ist der Staatsanwalt, außer zur Vollziehung von gerichtlichen Entscheidungen, einschließlich der Anordnung der Ladung des Angeklagten zur Hauptverhandlung, nur in den Fällen und mit der Beschränkung der § 127 bis 129 und 131 Abs. 2 St.P.O. berechtigt, die zwangsweise Vorführung des Beschuldigten anzuordnen. Im Uebrigen liegt es außerhalb der Befugnisse des Staatsanwalts, das Erscheinen des Beschuldigten vor ihm zu erzwingen, und es gilt dieses auch dann, wenn er mit dem Zwange bezweckt, den Beschuldigten zu vernehmen. Vergl. auch § 116 Abs. 2 St.P.O. [1]).

Folglich hat sowohl der Vorstand des Untersuchungsgefängnisses, als auch gemäß § 116 St.P.O. der zuständige Richter die Anwendung eines solchen rechtswidrigen Zwanges gegen einen verhafteten Beschuldigten zu verhindern, z. B. wenn der Staatsanwalt unter solchen Umständen einen Untersuchungsgefangenen — vielleicht noch unter Verletzung der Vorschriften des § 39, vgl. auch § 42 der Hausordnung für die Bezirksgefängnisse vom 9. April 1845 (Reg. Blatt S. 182) — durch einen von ihm unmittelbar beauftragten Unterbediensteten sich zwangsweise vorführen lassen will.

Dagegen steht nach dem Gesagten der Bewilligung der Vorführung dann kein Hindernis entgegen, wenn der verhaftete Beschuldigte vorher seine Einwilligung hiezu erklärt hat.

Bei der Beratung des § 120 des Entwurfs der Strafprozeßordnung (welchem im Wesentlichen § 133 des Gesetzes entspricht) in der ersten Lesung der Reichstagskommission fragte der Abgeordnete Dr. Grimm an: „Bei dieser Gelegenheit ersuche er auch um Aufklärung darüber, ob der Staatsanwalt die Befugnis habe, im Skrutinialverfahren das Erscheinen des Beschuldigten (bezw. Verdächtigen) zu erzwingen“. Hierauf

1) Vergl. Stenglein, Komm. z. St.P.O. § 159 Nr. 3 und die Litteraturcitate daselbst, auch die Litteraturcitate bei Löwe, Komm. z. St.P.O. 5. A. § 159 Note 3 b. (A. d. E.)

antwortete der Regierungskommissär, Geh. Oberregierungsrat Hanauer: „daß der Staatsanwalt nicht selbst den Verdächtigen unter dem Präjudiz der Vorführung zum Verhör laden, geschweige denn vorführen lassen könne, ergebe sich aus § 140 des Entwurfs (= § 160 Abs. 1 des Gesetzes). Denn die Vornahme förmlichen Verhörs des Angeschuldigten sei eine Untersuchungshandlung, deren selbständige Vornahme nirgends dem Staatsanwalt gestattet, folglich von ihm nur durch richterliche Requisition zu erreichen sei" [1]). Wir acceptieren hievon nach dem Gesagten die Erklärung „daß der Staatsanwalt nicht selbst den Verdächtigen unter dem Präjudiz der Vorführung zum Verhör laden, geschweige denn vorführen lassen könne", müssen aber andererseits zugeben, daß die beigefügte Begründung, welcher der Fassung nach der Beschluß der Strafkammer folgt, sich eines nicht ganz richtigen Ausdrucks bedient. Es ist eben, wie sich aus dem Zusammenhang der Erklärung ergibt, gemeint, daß die Vornahme eines Verhörs, zu welchem das Erscheinen des Beschuldigten erzwungen werden muß — d. h. die Anwendung des entsprechenden Zwangs — gemäß § 140 des Entwurfs (= § 160 Abs. 1 des Ges.) eine richterliche Untersuchungshandlung sei. Bei dieser Auslegung befindet sich obige Ausführung in Uebereinstimmung mit dem Regierungskommissär.

Wir haben bisher den Fall behandelt, daß der Staatsanwalt das Erscheinen des Beschuldigten vor ihm zum Zweck der Vernehmung direkt erzwingen will. Dem steht der Fall gleich, wenn er an den Vorstand des Untersuchungsgefängnisses als solchen das Ersuchen stellt, den Angeschuldigten ihm zwangsweise vorführen zu lassen, in welchem Fall der Gefängnisvorstand das Ansinnen abzulehnen hat. Wie ist es aber, wenn der Staatsanwalt an das Amtsgericht gemäß § 160 St.P.O. den Antrag stellt, eine richterliche Untersuchungshandlung dahin vorzunehmen, entweder

1) — wie im vorliegenden Falle — daß vom Amtsgericht angeordnet werde, daß der verhaftete Beschuldigte dem

1) Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen III. Band 1. Abt. S. 702.

Staatsanwalt zwangsweise zur Vernehmung durch diesen vorgeführt werde, oder

2) daß gegen den im Bezirk des Amtsgerichts auf freiem Fuße befindlichen Beschuldigten im Sinne des § 133 St.P.O. eine Ladung des Amtsgerichts zum Erscheinen vor dem Staatsanwalt unter Androhung der zwangsweisen Vorführung vor den Staatsanwalt für den Fall des Ausbleibens erlassen werde?

Hierauf antwortet mit Recht das Reichsgericht in der citierten Entscheid. Band 9 S. 437, daß das Gesetz den Strafgerichten die Zwangsgewalt nur in Betreff der von ihnen selber vorzunehmenden Amtshandlungen zuerkennen will, und es ist deshalb der Antrag auf Vornahme der nach den Umständen des Falls unzulässigen Untersuchungshandlung gemäß § 160 Abs. 2 St.P.O. abzulehnen [1]).

---

1) Ueber Gegenstand und Veranlassung der Entscheidung des Strafsenats vom 2. März 1887 (Jahrb. II, S. 43) ist noch folgendes zu bemerken: Die Strafkammer des Landgerichts — hatte in der fraglichen, von ihr in der Strafsache gegen K. H. von H., wegen Kindestödtung getroffenen Verfügung unter Bezugnahme auf ihre Wahrnehmung, daß der am 23. Januar 1887 von dem Amtsgerichte verhaftete Beschuldigte (im Ermittelungsverfahren) am 1. 2. und 3. des folgenden Monats eingehenden Verhören durch den Staatsanwalt unterworfen worden, worüber ein Protokoll von 26 Seiten vorliege, ausgesprochen, sie sehe sich hiedurch veranlaßt, das Amtsgericht darauf hinzuweisen, daß die Vornahme förmlicher Verhöre der Beschuldigten eine richterliche Untersuchungshandlung sei, deren Vornahme nicht dem Staatsanwalt zustehe 2c, und dem Amtsgerichte für die Zukunft die gedachte (von dem Strafsenat wieder aufgehobene) Weisung zu geben. Dabei hatte es die Strafkammer als aus der Obliegenheit der Aufsicht über die amtsgerichtliche Gefängnisse folgende Verpflichtung des dienstaufsichtführenden Amtsrichters bezeichnet, darüber zu wachen, daß ein Verhafteter nicht einer anderen Behörde zur Erreichung eines ungesetzlichen Zweckes zur Verfügung gestellt werde, und als weiter in Betracht kommend hervorgehoben, daß der Amtsrichter, welcher den Haftbefehl erlassen habe, die Frage, ob die Fortdauer der Haft gerechtfertigt sei, nicht prüfen könne, wenn ihm nicht Gelegenheit gegeben sei, den Verhafteten über die ihn belastenden Umstände, welche sich im Lauf des Ermittelungsverfahrens ergeben haben, nach Maßgabe der §§ 136 und 164 der St.P.O. zu vernehmen.

(Der Eins. d. Entsch. Jahrb. II, 43.)

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

1.

Streitwert, wenn nur über die Fälligkeit der eingeklagten Forderung gestritten wird.

Der Kläger hat gegen den Beklagten eine Klage auf Bezahlung von 1371 Mark erhoben. In der mündlichen Verhandlung wurde nur über die Fälligkeit der Forderung gestritten. Die Civilkammer des Landgerichts hat den Streitwert auf 300 M. festgesetzt. Die hiegegen erhobene Beschwerde des Rechtsanwalts M. wurde verworfen.

Gründe.

Die von dem Rechtsanwalt M. wider den Kostenfestsetzungsbeschluß der Civilkammer des K. Landgerichts erhobene Beschwerde wird in Erwägung, daß in der mündlichen Verhandlung vom 6. Dezember v. J. nur über die schon nach der Klagebeantwortung der Bekl. vom 3. Dezember allein bestrittene Fälligkeit der eingeklagten Forderung zu verhandeln, sonach auf die für jene Verhandlung festzusetzende Verhandlungsgebühr des klägerischen Anwalts der § 12 Abs. 1 des Gerichtskostengesetzes (zu vergl. Motive zum Entwurf des Gerichtskostengesetzes § 11 drittletzter und vorletzter Absatz, § 10 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte) anzuwenden war, unter Verfällung des Beschwerdeführers in die Kosten zurückgewiesen.

Beschluß des zweiten Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 19. Febr. 1885 in der Beschwerdesache des Rechts-

anwalts M. in Ulm, und vom 9. April 1890 in der Beschwerdesache des Georg Häge von Langenau.

2.

Streitwert nach dem Kurs- oder Nominalwert eines Wertpapieres.

Die Beschwerde darüber, daß behufs Festsetzung des Streitwerts ein württembergischer Staatsschuldschein nur zu seinem Nominalbetrag und nicht nach seinem Kurswert in Berechnung genommen wurde, ist als begründet erachtet worden in der Beschwerdesache des Glasers Friedr. Schütz in Stuttgart.

Beschluß des I. Senats vom 28. Dezember 1889.

3.

Zu § 6 der Civil-Prozeßordnung.

Gegen die von mehreren Gläubigern eines Schuldners erwirkte Pfändung von Früchten im Wert von 362 M. hat die Klägerin Widerspruchsklage nach § 690 C.P.O. erhoben. Sämtliche Gläubiger mit Ausnahme der zwei Beklagten, welche zusammen 612 M. zu fordern hatten, gaben der Klage statt. Nachdem die Klage gegen die Beklagten abgewiesen und die Klägerin in die Kosten verfällt war, liquidierte der eine der ersteren seine Kosten und legte der Berechnung den Betrag seiner Forderung mit 226 M. zu Grunde. Gegen die dementsprechend erfolgte Feststellung der Kosten erhob der Gegner Beschwerde, indem er ausführte, daß von dem Erlös aus den Früchten von 362 M. bei der Konkurrenz mehrerer Gläubiger nur ein geringerer Teil als die Forderung betrage, auf diese gefallen wäre und dieser Betrag als Streitwert erscheine.

Die Beschwerde wurde verworfen in Erwägung:

daß nach dem gemäß § 10 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte für die Festsetzung des Streitwertes zur An-

wendung kommenden § 6 der Civilprozeßordnung zwar, wenn ein Pfandrecht Gegenstand des Streites ist, der gegenüber dem Betrag der Forderung geringere Wert des Gegenstandes des Pfandrechtes maßgebend ist, daß aber unter dem hienach zu berücksichtigenden Werte des Gegenstandes des Pfandrechtes nach dem Wortlaut und Zweck der Vorschrift auch im Falle der Konkurrenz mehrerer Pfandgläubiger nicht der Betrag der für den einzelnen Gläubiger aus dem Erlöse des Pfandgegenstandes zu erwartenden Befriedigung, sondern immer der volle Wert des dem Pfandrechte unterworfenen Gegenstandes zu verstehen ist, dieser Wert aber im vorliegenden Falle ein höherer ist, als der Betrag der Forderung, für welche das Pfandrecht haftete.

Beschluß des II. Senats des Oberlandesgerichts vom 28. April 1890 in der Beschwerdesache der Stiftungspflege Ehingen.

4.

Zu § 10 Rechts-A.G.O. und § 11 Gerichtskostengesetzes.

Ein Anwalt hat seiner Kostenrechnung den Betrag der Klage und Widerklage zu Grunde gelegt, weil in der Vorklage und Widerklage der Streitgegenstand ein verschiedener gewesen sei. Der Ansatz wurde ermäßigt in Erwägung:

1. daß die Klägerin in der Vorklage mit der actio emti die Anerkennung und Vollziehung des am 9. Januar 1889 zwischen den Partien abgeschlossenen Kaufvertrags über den Acker Parz. Nr. 1067 und 1068, insbesondere neben der schon erfolgten Tradition des Kaufsgegenstandes auch die Einwilligung der Beklagten zur Erteilung des gerichtlichen Erkenntnisses über den Kaufvertrag verlangt hat,

2. daß die Beklagte, Widerklägerin, die Gültigkeit dieses Kaufvertrags bestritten, und demgemäß mit der Widerklage die Herausgabe des tradierten Kaufsgegenstandes beantragt hat,

3. daß hiernach sowohl der in der Vorklage als der in

der Widerklage erhobene Anspruch nicht die Größe des Kaufpreises für den erkauften Acker betraf, sondern das in der Vorklage auf die Gültigkeit und in der Widerklage auf die Ungültigkeit des Kaufvertrags gegründete Recht auf den Besitz dieses Ackers den Gegenstand des Streits in der Weise bildete, daß die beiderlei Ansprüche in der Vor- und Widerklage sich gegenseitig ausschlossen,

4. daß somit die Klage und die Widerklage, welche nicht in getrennten Prozessen verhandelt wurden, denselben Streitgegenstand im Sinne des § 11 Abs. 1 des Gerichtskostengesetzes betrafen.

Beschluß des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 20. Juni 1890 in der Beschwerdesache der Christine Scheuing von Göppingen.

5.

Die Kosten des persönlichen Erscheinens des Klägers bei der mündlichen Verhandlung sind nicht unter allen Umständen zu erstatten.

Der Kläger ist bei der mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits vor dem Amtsgericht persönlich erschienen und verlangt die erheblichen Kosten der Reise ersetzt. Das Landgericht hat die Kosten auf denjenigen Betrag ermäßigt, welchen die Vertretung durch einen Anwalt verursacht haben würde. Die hiegegen erhobene Beschwerde wurde verworfen.

Nach § 87 Abs. 1 C.P.O. hat die unterliegende Partei dem Gegner die Prozeßkosten nur insoweit zu erstatten, als dieselben nach freiem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren. Von diesem Grundsatz eine Ausnahme zu machen für diejenigen Kosten, welche im amtsgerichtlichen Verfahren durch persönliche Wahrnehmung des Termins seitens einer auswärts wohnenden Partei entstanden sind, liegt kein Grund vor; es folgt dies auch nicht aus der Natur des Parteiprozesses, welcher die persönliche

Prozeßführung durch die Partei zwar gestattet, aber auch die Vertretung durch einen Bevollmächtigten nicht ausschließt, und daher bezüglich des Umfangs der Kostenerstattungspflicht lediglich unter der allgemeinen Regel des § 87 cit. steht. War somit die Partei unbeschadet ihres Interesses an zweckentsprechender Rechtsverfolgung in der Lage, sich durch einen Rechtsanwalt mit geringerem Kostenaufwand vertreten zu lassen, so kann sie, wenn sie dies unterläßt und durch eigene Führung des Rechtsstreits einen Mehraufwand verursacht, diesen nicht vom Gegner ersetzt verlangen.

Da nun im vorliegenden Fall der Beschwerdeführer selbst nicht geltend gemacht hat, daß die Vertretung durch einen Anwalt seinem sachlichen Interesse irgendwie widersprochen hätte, andererseits durch diese Vertretung ein erheblicher Mehraufwand hätte vermieden werden können, so ergibt sich damit von selbst die Beschränkung der zu erstattenden Kosten auf denjenigen Betrag, welcher im Fall der Bevollmächtigung eines Rechtsanwalts entstanden sein würde.

Beschluß des II. Senats des Oberlandesgerichts vom 22. März 1888 in der Beschwerdesache des Schullehrers J. Schneider von Hagelloch.

6.

Wechsel in der Person des Rechtsanwalts.

Der Kläger hat durch den Rechtsanwalt W. gegen den Beklagten bei dem Amtsgericht L. 300 M. eingeklagt. Das Amtsgericht hat auf Grund des § 467 C.P.O. den Streit vor die Civilkammer verwiesen. Vor der Civilkammer war der Kläger durch einen bei dieser zugelassenen Anwalt vertreten. Für beide Anwälte wurde die Prozeß- und Verhandlungsgebühr in Ansatz gebracht. Die Civilkammer hat die Prozeß- und Verhandlungsgebühr nur einmal zugelassen. Die Beschwerde hiegegen wurde für begründet erachtet in Erwägung:

daß die im Verfahren vor dem Amtsgericht, welches den

Prozeß nach § 467 der C.P.O. vor das Landgericht verwiesen hat, erwachsenen Kosten als Teil der beim Landgerichte entstandenen zu behandeln sind (467 cit. Abs. 2), und hiebei nach § 26 der Rechtsanwalts-Gebührenordnung und dem dort in Bezug genommenen § 30 des Gerichtskostengesetzes das weitere Verfahren vor dem Landgerichte mit dem vor dem Amtsgerichte eine Instanz, in welcher nach § 25 der Rechtsanwalt-Gebührenordnung die Prozeß- und Verhandlungsgebühr nur einmal berechnet werden kann, bildet; daß aber im vorliegenden Falle der beim Landgericht nicht zugelassene Rechtsanwalt den Kläger im Verfahren vor dem Amtsgerichte Ludwigsburg vertreten hat, demgemäß zufolge der Verweisung der Sache an das Landgericht Stuttgart in seiner Person ein Wechsel eintreten mußte und deshalb nach § 87 Abs. 2 der C.P.O. die Kosten der beiden zugezogenen Rechtsanwälte zu erstatten sind, der den Gegenstand der Beschwerde bildende Durchstrich daher als unbegründet erscheint.

Beschluß des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 20. Dezember 1889 in der Beschwerdesache des Lorenz Pfisterer von Zuffenhausen.

7.

Beiziehung eines nicht am Sitze des Gerichts wohnhaften Rechtsanwalts.

Die Reisekosten eines Anwalts wurden gestrichen in Erwägung:

daß die Reisekosten eines auswärtigen Anwalts nur insoweit zu erstatten sind, als dessen Zuziehung nach dem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig ist. Eine solche Notwendigkeit liegt dann nicht vor, wenn der Partei ein am Sitze des Gerichts wohnhafter Anwalt zur Verfügung stand, sie aber dessen Zuziehung ohne triftige Gründe unterließ. Im vorliegenden Falle hat Kläger den ihm zu Gebot stehenden, in H. wohnhaften Rechtsanwalt B.

beizuziehen unterlassen, ohne daß er genügende Gründe für diese Unterlassung geltend gemacht hat. Denn der Umstand, daß die Gegenpartei gleichfalls im Bezirke H. wohnt, berechtigt nicht ohne weiteres zur Annahme, daß dieselbe mit dem genannten Anwalte in geschäftlichen Beziehungen stehe oder gestanden sei. Unerheblich ist sodann, falls sich im Zeitpunkte der Aufstellung des auswärtigen Anwalts des Klägers die Notwendigkeit dreier am Sitze des Prozeßgerichts abzuhaltender Termine nicht voraussehen ließ, da der angeführte Grundsatz auch in solchen Fällen, in welchen es sich um einen einzigen Termin handelt, Anwendung findet. Ebensowenig ist die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes durch die Rücksicht auf den Wohnsitz der klägerischen Partei ausgeschlossen, weil die durch die Besprechungen der Partei mit ihrem Anwalt und die hiedurch veranlaßten Reisen der ersteren erwachsenden Mehrkosten den berechneten Betrag der Reisekosten des letzteren entfernt nicht erreicht hätten. War somit im vorliegenden Falle die Zuziehung eines auswärtigen Anwalts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht notwendig, so stand dem Kläger ein Anspruch auf Ersatz der hierdurch verursachten Reisekosten an den Beklagten nicht zu.

Dagegen ist der Kläger diejenigen Kosten anzurechnen befugt, welche mit der Aufstellung des in H. wohnenden Anwalts verbunden gewesen wären.

Beschluß des I. Senats des K. Oberlandesgerichts vom 9. November 1887 in der Beschwerdesache des Handelsmanns Löwenstein in Rexingen.

8.

Zuziehung eines auswärtigen Anwalts.

In einer bei dem Amtsgerichte O. anhängigen Rechtssache hat der Kläger einen in Rottweil ansässigen Anwalt beigezogen. Die Beschwerde gegen den die Reisekosten dieses Anwalts absetzenden Beschluß wurde verworfen in Erwägung:

daß die in Frage stehenden Reisekosten des Rechtsanwalts nicht ohne weiteres als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig angesehen werden können, wie dies seitens des Oberlandesgerichts schon wiederholt in ähnlichen Fällen ausgesprochen worden ist;

daß der Beschwerdeführer einen genügenden Grund dafür, daß nicht der zweite in O. wohnhafte Rechtsanwalt mit der Vertretung des Klägers beauftragt worden ist, nicht angeführt hat, sofern der Umstand, daß dieser Anwalt angeblich „nicht immer bereit ist, insbesondere Substitutionen anderer Anwälte zu übernehmen und wohl auch Prozesse zu führen", nicht ausreicht, um die Unterlassung des Versuchs, ob der Anwalt nicht den in Frage stehenden Prozeß zu übernehmen bereit gewesen wäre, zu rechtfertigen.

Beschluß des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 31. Januar 1890 in der Beschwerdesache des Johann Haberstroh von Lienberg.

Beschluß des I. Senats vom 6. Juli 1887 in der Beschwerdesache des Rentners von Alten in Baden.

9.

Beiziehung eines Rechtsanwalts zur Eidesleistung.

Die Anrechnung von Reisekosten eines zu einer Eidesleistung zugezogenen Rechtsanwalts wurde als zulässig erachtet, weil sich der anstandslose Verlauf einer solchen Verhandlung zum voraus nicht mit Sicherheit beurteilen lasse,

in der Beschwerdesache des Ludwig Schmid von Hochberg, Beschluß des II. Senats vom 10. März 1887,

und in der Beschwerdesache des Daniel Scheytt in Illingen, Beschluß des II. Senats vom 20. Dezember 1888.

10.

Kosten der Zwangsvollstreckung.

Der Durchstrich von Kosten der Zwangsvollstreckung wurde aufgehoben in Erwägung:

daß der Abstrich dieser — sachlich begründeten — Anrechnungen durch eine Bezugnahme auf § 697 der C.P.O. nicht gerechtfertigt erscheint, da durch die hier gewährte bloße Befugnis, die Zwangsvollstreckungskosten zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruch beizutreiben, eine Partei, welche von dieser Befugnis keinen Gebrauch macht, nicht gehindert ist, eine gerichtliche Festsetzung solcher Kosten zugleich mit den übrigen Kosten des Rechtsstreits herbeizuführen.

Beschluß des II. Senats des Oberlandesgerichts vom 17. Januar 1889 in der Beschwerdesache des Kunstmüllers Krämer in Schorndorf.

11.

Zulässigkeit einer Beschwerde gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluß, wenn kein zur Zwangsvollstreckung geeigneter Titel vorhanden ist.

Der Anwalt des Beklagten hat bei dem Amtsgericht seine Kostenrechnung zur Feststellung eingereicht, ehe das amtsgerichtliche Urteil, das auch nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt war, rechtskräftig geworden war. Das Amtsgericht hat die Kostenrechnung dem Gegner gegenüber festgestellt, in derselben jedoch die Beweisgebühr und die halbe Verhandlungsgebühr gestrichen. Dieser Beschluß wurde beiden Teilen zugestellt. Der klägerische Anwalt erhob sofortige Beschwerde, welche von der Civilkammer als unzulässig verworfen wurde. Dieser Beschluß wurde aufgehoben.

Gründe.

Die an das Landgericht erhobene sofortige Beschwerde

gegen den amtsgerichtlichen Kostenfestsetzungsbeschluß war darauf gegründet, daß nach den Bestimmungen der Rechtsanwaltsgebührenordnung die Anrechnung der Beweisgebühr und der Erhöhung der Verhandlungsgebühr gerechtfertigt gewesen sei, und also nicht hätte abgesetzt werden sollen. Das Landgericht hat diese Beschwerde nicht für unbegründet, sondern, weil ein Anspruch auf Kostenerstattung in Ermanglung eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels nicht, beziehungsweise noch nicht geltend gemacht werden könne, für unzulässig erachtet, und deshalb darüber, ob die Beschwerde begründet sei, nicht entschieden. Die an das Oberlandesgericht hiegegen erhobene weitere sofortige Beschwerde ist, weil nach dem Angeführten in der Entscheidung des Landgerichts ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist, statthaft. Aus dem Grunde, daß ein Anspruch auf Kostenerstattung in Ermanglung eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels nicht geltend gemacht werden kann, durfte aber die Beschwerde gegen den amtsgerichtlichen Beschluß nicht als unzulässig verworfen werden. Der § 99 der C.P.O. bestimmt allgemein: Gegen den Festsetzungsbeschluß findet sofortige Beschwerde statt. Der Umstand, daß es dem Gesuche um Kostenfestsetzung an einer wesentlichen Voraussetzung fehlte, rechtfertigt es nicht, die Beschwerde gegen den Beschluß der Kostenfestsetzung zu versagen. Auf die anher erhobene Beschwerde ist vielmehr die bei dem Landgerichte eingelegte sofortige Beschwerde als zulässig zu erkennen und demgemäß der landgerichtliche Beschluß aufzuheben. Die erforderliche weitere Entscheidung über die Beschwerde des Beklagten wird dem Landgericht überlassen, das hiebei seiner Erwägung die Frage zu unterziehen haben wird, ob nicht das Verfahren des Amtsgerichts an einem wesentlichen Mangel leidet, und deshalb von der Befugnis des § 501 der C.P.O. analoge Anwendung zu machen, angezeigt sei.

Beschluß des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 28. März 1890 in der Beschwerdesache des Apothekers La Roche von Markgröningen.

12.

§ 100 der C.P.O. hat nur den Fall im Auge, wenn beide Parteien an den Prozeßkosten nach Quoten zu tragen haben.

Die beklagte Partei bestand aus 3 Personen. Mit zweien der Beklagten schloß der Kläger einen Vergleich, wonach diese zwei Dritteile der sämtlichen bis zum Tag des Vergleichs entstandenen Kosten übernahmen. Mit dem dritten Beklagten ging der Prozeß weiter, es kam jedoch auch hier später ein Vergleich zustande, wonach jeder Teil seine Kosten auf sich nahm. Der Kläger bat um Feststellung von zwei Dritteilen seiner bis zum Tag des ersten Vergleichs entstandenen Kosten gegen die zwei erstbezeichneten Beklagten. Die Civilkammer verweigerte die Kostenfestsetzung und verwies den Kläger auf § 100 der C.P.O. Diese Entscheidung wurde aufgehoben in Erwägung, daß die Bestimmung des § 100 C.P.O., welche zum Zweck der Ausgleichung der gegenseitigen Kostenerstattungsansprüche getroffen worden ist, nur Anwendung findet, wenn beide Parteien an den gesamten Prozeßkosten einen Teil zu tragen haben.

Beschluß des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 28. April 1890 in der Beschwerdesache des Abraham Mayer von Laupheim.

13.

Für die Prozeßgebühr des Anwalts des Beklagten ist der Zeitpunkt der Uebernahme des Mandats entscheidend.

Das Thatsächliche ergibt sich aus den Gründen:

Für die Berechnung der Prozeßgebühr ist maßgebend derjenige Wert, welchen der Streitgegenstand zur Zeit der Uebernahme des Prozeßmandats durch den Rechtsanwalt hatte. Im vorliegenden Falle bildete den Gegenstand des Streites nach Inhalt der Klageschrift eine Geldforderung im Betrage von

7500 M. nebst Zinsen. Diese Forderung war nun zwar zur Zeit der Uebernahme des Prozeßmandats seitens des Rechtsanwalts Sch. durch Zahlung in der Hauptsache getilgt. Allein mit dieser teilweisen Erlöschung des Forderungsrechtes war nicht ohne weiteres auch eine entsprechende Verringerung des Streitgegenstandes gegeben. Die Frage, was Gegenstand des Streites ist, fällt keineswegs zusammen mit der Frage, was der Kläger zu fordern berechtigt ist; entscheidend ist vielmehr nur die Frage, was er in Wirklichkeit fordert und als Objekt seines Prozeßantrags aufstellt. Hieraus folgt, daß der Betrag der ursprünglichen Klagsumme als Streitgegenstand insolange anzusehen war, als nicht die Klägerin eine der geleisteten Zahlung entsprechende Ermäßigung ihres Klagegesuchs dem Gegner gegenüber erklärt hatte. Letzteres ist nun aber nach Ausweis der Akten erst bei der kontradiktorischen Verhandlung vom 19. April geschehen. Da hienach zur Zeit der Uebernahme des Prozeßmandats durch den Rechtsanwalt trotz der geleisteten Zahlung eine entsprechende Abminderung des Klageantrags nicht erfolgt war, so war für die Berechnung der Prozeßgebühr der ungeminderte Betrag der ursprünglichen Klagesumme zu Grunde zu legen, und erscheint hienach die angefochtene Entscheidung als begründet.

Beschluß des II. Senats vom 8. November 1888 in der Beschwerdesache der Crescentia Berger von Ravensburg.

14.

Die Gebühr für ein Gesuch um Zulassung zum Armenrecht in II. Instanz ist nicht in den Bausch-Gebühren der I. Instanz enthalten.

Ein zum Prozeß in erster Instanz bevollmächtigter Anwalt hat in besonderem Auftrag seiner Partei um Zulassung derselben zum Armenrecht in II. Instanz gebeten und hiefür die besondere Gebühr des § 23 Ziff. 1 R.A.G.O. liquidiert. Gegen die Feststellung dieser Gebühr hat der Gegenanwalt Beschwerde erhoben, welche verworfen wurde.

Gründe.

Aus den Akten ergibt sich, daß der Prozeßbevollmächtigte, welcher die Beklagten in erster Instanz vertreten hatte, auch in zweiter Instanz für dieselben insofern thätig gewesen ist, als er den Antrag auf Bewilligung des Armenrechts bei dem Berufungsgericht gestellt hat. Gegen die Zulässigkeit einer besonderen Gebühren-Anrechnung für diese Thätigkeit macht nun zwar der Beschwerdeführer geltend, daß der beklagte Vertreter hiebei als Prozeßbevollmächtigter gehandelt habe, und daß die Prozeßvollmacht den ganzen Prozeß, somit auch diejenigen Handlungen der Berufungsinstanz umfasse, welche auch ein bei dem Berufungsgericht nicht zugelassener Rechtsanwalt selbst vornehmen dürfe, weshalb eine besondere Gebühr für die bez. Prozeßhandlung nicht zulässig sei. Diese Einwendung geht jedoch fehl, da die hier in Frage stehende Handlung nicht etwa in Ausführung der allgemeinen Prozeßvollmacht, sondern, wie glaubhaft gemacht ist, kraft eines zu diesem besonderen Zweck erteilten Spezialauftrags der Partei vorgenommen worden ist und da sie überhaupt einer ganz anderen Instanz angehört, als derjenigen, in welcher der betreffende Anwalt die Parteivertretung im Ganzen wahrgenommen, und hiefür die Bausch-Gebühren des § 13 R.A.G.O. berechnet hat. Da sonach nicht angenommen werden kann, daß die fragliche Prozeßhandlung schon durch die für den Geschäftsbetrieb erster Instanz berechnete Prozeßgebühr mitvergütet sei, so war die gegen die Festsetzung einer besonderen Gebühr im Sinn des § 23 Z. 1 G.O. erhobene Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen.

Beschluß des II. Senats des Oberlandesgerichts vom 11. November 1889 in der Beschwerde des Vincenz Rapp von Roth.

15.

Die Vorschrift des § 20 Ziff. 1 Gerichtskostengesetzes ist nicht anwendbar auf eine Klage auf Leistung eines Offenbarungseids.

Aus den Gründen:

Die Kläger beanstanden die aus dem Streitwert von 3000 M. zum vollen Betrag berechnete Verhandlungsgebühr mit 44 M. Diese Beschwerde erscheint als begründet. Die Beklagten haben die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids sofort anerkannt und es sind nach dieser Richtung von beiden Parteien einander widersprechende Anträge nicht gestellt worden. Aus welchen Gründen die Beklagten sich so verhalten haben, kommt nicht in Betracht. Demgemäß kann die Verhandlung vom 14. Januar 1887 nach § 16 Rechtsanwaltsgebühren-Ordnung und § 19 Gerichtskostengesetzes nicht als eine kontradiktorische angesehen werden. Zwar hat nach Art. 16 des Ausführungs-Gesetzes zur Civilprozeßordnung vom 18. August 1879 der Richter zu prüfen, ob nicht die Klage trotz des Anerkenntnisses der Beklagten von Amtswegen abzuweisen sei, weil der Anspruch auf Leistung des Offenbarungseids nicht nur nicht bescheinigt, sondern auch eine Verheimlichung von Vermögensbestandteilen durch die Beklagten nach den Umständen völlig unwahrscheinlich sei. Allein in § 20 Gerichtskostengesetzes und in § 16 Rechtsanwaltsgebühren-Ordnung ist von den Bestimmungen des § 19 nur für Ehesachen und die vor die Landgerichte gehörenden Entmündigungssachen, sowie für das vorbereitende Verfahren eine Ausnahme gemacht. Eine entsprechende Vorschrift ist für das Verfahren über eine Klage auf Leistung des Offenbarungseids, auf welches die Bestimmungen der Civilprozeßordnung, somit auch die des Gerichtskostengesetzes und der Rechtsanwaltsgebühren-Ordnung Anwendung finden, nicht gegeben. Die Gebühr für die gedachte Verhandlung ist daher nach § 16 cit. nur mit $^5/_{10}$ zu berechnen.

Beschluß des 1. Senats des Oberlandesgerichts vom 11. November 1887 in der Beschwerdesache der Maria Wetzel von Knittlingen.

16.

Zulässigkeit der Anrechnung einer Beweisgebühr und erhöhten Verhandlungsgebühr (R.A.G.O. § 13 Z. 4 und § 17) im Fall der Ermittlung des in einem Rechtsstreit zur Anwendung kommenden fremden Rechts gemäß § 265 C.P.O.[1]).

In einem bei dem Landgericht U. anhängigen Rechtsstreit handelte es sich um die Frage, ob der vom Beklagten erhobene Anspruch wegen Gewährleistung auch im Falle eines Betruges des Veräußerers nach den zur Anwendung kommenden Bestimmungen des bayerischen Gesetzes vom 26. März 1859 betreffend die Gewährleistung bei Viehveräußerungen innerhalb der in diesem Gesetz für die Klage auf Gewährleistung festgesetzten Frist hätte geltend gemacht werden sollen. Ein Beweisantrag bezüglich der einschlägigen Bestimmungen des bayerischen Rechts wurde von den Parteien nicht gestellt. Dagegen beschloß das Landgericht auf Grund der ersten mündlichen Verhandlung am 28. Dezember 1889, das bayerische Oberlandesgericht A. um Auskunft wegen des einschlägigen bayerischen Rechts anzugehen und zugleich Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung anzuberaumen. Die erwähnte Auskunft erbat sodann das Landgericht von jenem Oberlandesgericht, und es wurde die Aeußerung des letzteren von dem Vertreter des Klägers in der weiteren mündlichen Verhandlung verlesen. Der Kläger rechnete nun dem unterliegenden Gegner eine Beweisgebühr und eine erhöhte Verhandlungsgebühr seines Anwalts mit der Begründung auf, daß obiger Beschluß des Landgerichts vom 28. Dezember ein Beweisbeschluß und das Verlesen der Aeußerung des Oberlandesgerichts A. ein Beweisaufnahme-Verfahren sei. Das Land-

1) Vergl. dagegen Walter, R.A.G.O. 2. A. S. 223.

gericht strich beide Gebühren, indem es annahm, daß von einem Beweisaufnahme-Verfahren im Sinne des § 13 Z. 4 R.A.G.O. dann nicht die Rede sein könne, wenn, wie dies im gegenwärtigen Fall zutreffe, eine Mitwirkung der Partei, also auch eine Vertretung derselben durch ihren Anwalt bei dem betreffenden Verfahren nicht möglich sei, daß das durch den Beschluß vom 28. Dezember 1889 angeordnete Ermittlungs-Verfahren mit der Einsendung des bayerischen Gerichts geschlossen gewesen sei, und daß das Verlesen dieser Aeußerung in der mündlichen Verhandlung sich so wenig als ein Teil jenes Ermittlungs-Verfahrens darstelle, als der Vortrag des Ergebnisses der Beweisaufnahme einen Teil des Verfahrens über letztere bilde.

Die Beschwerde gegen diesen Beschluß wurde von dem Oberlandesgericht „in Erwägung, daß, wie von dem vorigen Richter mit Recht angenommen worden ist, im vorliegenden Fall die Vertretung des Klägers in einem Beweisaufnahme-Verfahren durch seinen Prozeßbevollmächtigten nicht stattgefunden hat, sofern das Prozeßgericht gemäß § 265 C.P.O. die für die Entscheidung des Rechtsstreits maßgebenden Bestimmungen des bayerischen Rechts ohne Beweisantrag und Mitwirkung der Parteien durch Einholung einer Aeußerung des K. bayerischen Oberlandesgerichts A. ermittelt hat, und sofern der Vortrag des Ergebnisses dieser Ermittlung in der mündlichen Verhandlung durch den Vertreter des Klägers so wenig, als der Vortrag des Ergebnisses einer nicht vor dem Prozeßgericht erfolgten Beweisaufnahme, als ein Akt der Vertretung in einem Beweisaufnahme-Verfahren anzusehen ist, und daß daher die Anrechnung einer Beweisgebühr und einer erhöhten Verhandlungsgebühr (R.A.G.O. § 13 Z. 4 und § 17) nicht als begründet erscheint", zurückgewiesen.

Beschluß des Oberlandesgerichts II. Sen. vom 26. Juni 1890 in Sachen E. gegen G.

17.

Anrechnung einer Beweisgebühr und erhöhten Verhandlungsgebühr (R.A.G.O. § 13 Z. 4 und § 17) im Fall der Feststellung von Thatsachen aus Akten, welche in der mündlichen Verhandlung vorgelegt worden sind [1]).

Der Kläger hatte in der Klagschrift eine Reihe von Thatsachen aus den Pfändungsakten des Gerichtsvollziehers in St., den Akten des Amtsgerichts St. in Sachen der A.'schen Konkursverwaltung gegen den Gemeinschuldner, Offenbarungseid betreffend, und aus den A.'schen Konkursakten vorgetragen, und es sind die aus diesen Akten sich ergebenden Thatsachen von dem Beklagten in der schriftlichen Klagbeantwortung nicht bestritten worden. In dem ersten Termin vom 21. Mai 1889 stellte der Kläger den Antrag, jene Akten einzufordern, und es wurde sodann von dem Gericht beschlossen, auf Antrag beider Parteien die Verhandlung auf den 18. Juni zu vertagen. Hierauf wurden die erwähnten Akten von dem Gericht eingefordert und den Prozeßbevollmächtigten der Parteien auf deren Antrag zur Einsicht gestellt. In dem Protokoll über die auf den 9. Juli verlegte mündliche Verhandlung wird der fraglichen Akten keine Erwähnung gethan. In dem Eingang des Thatbestands zu dem Urteil werden verschiedene aus diesen Akten sich ergebende Thatsachen als unbestritten festgestellt. Auch hat der Kläger bei Begründung seiner Klage nach dem Thatbestand zum Beweis seiner Behauptungen mehrfach auf einzelne Aktenstücke in den genannten Akten Bezug genommen und solche verlesen. Der Anwalt des Klägers brachte nun in seiner Kostenrechnung eine Beweisgebühr und eine erhöhte Verhandlungsgebühr in Ansatz mit der Begründung, daß der Vortrag aus den bezeichneten Akten sich als eine Beweisaufnahme darstelle. Der Abstrich dieser Gebühren durch den Richter erster Instanz wurde auf die Beschwerde des Klägers von dem Oberlandesgericht in Erwägung,

1) Vergl. die folgenden Nr. und die das. in Note 1 cit. Litteratur.

„1. daß die Anrechnung der Gebühren des § 13 Z. 4 und des § 17 R.A.G.O. bedingt ist durch die Vertretung in einem Beweisaufnahme-Verfahren, das nicht bloß in der Vorlegung der in den Händen des Beweisführers oder des Gegners befindlichen Urkunden besteht, sowie durch die Vertretung in der nach der Beweisaufnahme erfolgten weiteren mündlichen Verhandlung,

2. daß als Beweisaufnahme-Verfahren, auch wenn man unter demselben nicht bloß ein besonderes durch Beweisbeschluß angeordnetes und in der durch die §§ 326 bis 335 C.P.O. bestimmten Weise erledigtes Verfahren versteht [1]), doch nur ein Verfahren bezeichnet werden kann, in welchem der Beweis bestrittener Parteibehauptungen durch das Gericht erhoben wird,

3. daß im vorliegenden Fall zwar aus den Akten des Gerichtsvollziehers in St., des Amtsgerichts St. in Sachen der A.'schen Konkursverwaltung gegen den Gemeindeschuldner, Offenbarungseid betreffend, und aus den A.'schen Konkursakten eine Reihe von Thatsachen in dem landgerichtlichen Urteil festgestellt und der Inhalt einzelner Aktenstücke vorgetragen worden ist, daß sich aber aus den Akten nicht entnehmen läßt, daß jene Thatsachen, bezw. der Inhalt jener Akten bestritten gewesen sind und daher eine Beweisaufnahme mittelst Vorlegung der bezeichneten Akten in der mündlichen Verhandlung stattgefunden hat", gebilligt.

Beschluß des Oberlandesgerichts II. Sen. vom 24. März 1890 in Sachen A. gegen A.

18.

Zulässigkeit der Anrechnung der Beweisgebühr und der erhöhten Verhandlungsgebühr (R.A.G.O. § 13 Z. 4 und § 17), wenn von dem Prozeßgericht ohne förmlichen Beweisbeschluß Akten, auf deren Inhalt sich die Parteien zum Nachweis bestrittener

1) Vergl. die in Note 1 zu der folgenden Nr. cit. Entsch. des R.G.

Thatsachen in der mündlichen Verhandlung berufen haben, beigeschafft und aus denselben diese Thatsachen in einer weiteren mündlichen Verhandlung festgestellt werden [1]).

Die Parteien beriefen sich in dem Termin vom 17. März 1888 zum Beweis teils bestrittener, teils mit Nichtwissen beantworteter Thatsachen auf Akten auswärtiger öffentlicher Behörden. Das Prozeßgericht beschloß am 7. April 1888 auf Grund der in jenem Termin vorgenommenen Verhandlung „die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung behufs Ergänzung des Parteivorbringens“ und ersuchte gleichzeitig jene Behörden um Mitteilung der fraglichen Akten. Letztere wurden sodann in dem weiteren Termin vom 5. Mai 1888 vorgelegt und aus denselben eine Reihe von Thatsachen festgestellt. Der Anwalt der obsiegenden Partei rechnete nun dem unterliegenden Prozeßgegner eine Beweisgebühr und eine erhöhte Verhandlungsgebühr an. Der Ansatz beider Gebühren wurde auf die gegen den Abstrich derselben eingelegte Beschwerde von dem Oberlandesgericht in Erwägung,

„daß die Parteien nach Ausweis des Thatbestands in dem Termin vom 17. März sich zum Beweis bestimmter Behauptungen, welche zum Teil bestritten, zum Teil mit Nichtwissen beantwortet worden waren, auf die nachher beigeschafften, in den Händen auswärtiger öffentlicher Behörden befindlichen Akten berufen hatten; daß der diesem Antrag entsprechende Gerichtsbeschluß vom 7. April, obwohl er sich äußerlich als eine „die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung behufs Ergänzung des Parteivorbringens anordnende“ Verfügung kund gibt, sachlich als ein die Aufnahme eines mittels Urkunden zu erbringenden Beweises anordnender Beweisbeschluß sich dar-

1) Entsch. des R.G. X, 372, XIV, 395 und in der jur. Wochenschr. 1884 S. 302 Z. 28, 1885 S. 186 Z. 22, 1888 S. 100 Z. 13 und S. 137 Z. 9, dagegen Walter, R.A.G.O. 2. A. S. 223 ff., Willenbücher, Kostenfestf.-Verf. 2. A. S. 76 f., Wilmowski-Levy C.P.O. 4. A. zu § 390 Anm. 1, Seuffert, C.P.O. 4. A. S. 487, Reincke, C.P.O. S. 376, 380.

stellt; daß die Aufnahme dieses Beweises mittels Vorlegung der erwähnten Akten und Vortrags ihres Inhalts ein besonderes Verfahren in dem hiezu anberaumten Termin vom 5. Mai erforderte; daß hienach ein Beweisaufnahme-Verfahren im Sinn des § 13 Z. 4 der R.A.G.O. stattgefunden hat", für zulässig erklärt.

Beschluß des Oberlandesgerichts II. Sen. vom 27. September 1888 in Sachen S. gegen F.

19.

Neben der Beweisgebühr kann nicht noch eine Gebühr für Anwohnen im Schwurtermin verlangt werden.

Der Gebührenansatz eines Anwalts für Anwohnen im Schwurtermin wurde gestrichen in Erwägung: daß wenn in § 13 der R.A.G.O., welcher die vier Arten der dem prozeßbevollmächtigten Rechtsanwalt zustehenden Bauschgebühren unter 4 Ziffern nicht bloß aufführt, sondern auch je mit besonderem Namen benennt, in Ziffer 4 sowohl diejenige Gebühr, welche für die Vertretung im Termin zu Leistung des durch ein Urteil auferlegten Eides, als auch diejenige Gebühr, welche für die Vertretung in einem Beweisaufnahme-Verfahren zusteht, als „Beweisgebühr" benannt ist, und wenn § 25 bestimmt, daß der Rechtsanwalt jede der in § 13 „benannten" Gebühren (rücksichtlich eines jeden Teils des Streitgegenstands) in jeder Instanz nur einmal beanspruchen kann, hieraus abzunehmen ist, daß auch die als „Beweisgebühr" bezeichnete Gebühr der Ziffer 4 des § 13 in derselben Instanz nur einmal beansprucht werden kann, daß somit, wenn für die Vertretung im Beweisaufnahme-Verfahren der Instanz die Beweisgebühr beansprucht wird, für die Vertretung im Termin zur Eidesleistung in der nämlichen Instanz die Beweisgebühr nicht nochmals angerechnet werden kann.

Beschluß des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 31. Mai 1889 in der Beschwerdesache des Samuel Beck in Oettingen.

20.

Zu § 20 R.A.G.O.

Die Anrechnung der vollen Gebühr des § 13 R.A.G.O., welche ein Anwalt in Anspruch nahm, weil die Verhandlung und Entscheidung auch auf die Kosten sich erstreckt habe, wurde gestrichen in Erwägung:

daß die mündliche Verhandlung in erster Instanz auf die Frage der Zuständigkeit des Gerichts beschränkt worden ist, somit die durch die Verhandlungsgebühr zu vergütende Thätigkeit des Anwalts des Beklagten in erster Instanz ausschließlich die vom Beklagten vorgeschützte prozeßhindernde Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts betroffen hat, somit dem Anwalt nach § 20 R.A.G.O. vergl. mit § 26 Z. 1 G.K.G. nur 5/10 der in §§ 9, 13 Z. 2 R.A.G.O. bestimmten Gebühr für die mündliche Verhandlung zukommen;

daß mit der erhobenen Berufung der Klägerin nur die Erlangung eines Urteils bezweckt war, wodurch die erwähnte prozeßhindernde Einrede verworfen und die Sache zur weiteren Verhandlung an das Gericht erster Instanz zurückverwiesen worden wäre, daß somit die durch die Prozeß- und Verhandlungsgebühr zweiter Instanz zu vergütende Thätigkeit des Anwalts des Beklagten wiederum ausschließlich den in § 26 Z. 1 G.K.G. bezeichneten Gegenstand betraf, somit nur die Berechnung von 5/10 jener beiden Gebühren statthaft ist (§ 20 R.A.G.O.); daß hieran durch den Umstand nichts geändert wird, daß infolge Anschlußberufung des Beklagten auch zu prüfen war, ob die Entscheidung des Unterrichters richtig war, wonach jeder Teil die aufgewendeten Kosten auf sich zu leiden hatte, sofern mit der Bestimmung des § 20 R.A.G.O. (5/10 der Gebühren der §§ 13—18 erhalte der Rechtsanwalt, soweit seine Thätigkeit ausschließlich die in § 26 G.K.G. bezeichnete Gegenstände betreffe) nur gesagt sein will, daß diese ermäßigte Gebühr dann nicht Platz greife, wenn neben den in § 26 G.K.G. bezeichneten Gegenständen auch die

Materie der Sache zur Sprache komme, während ein Akt, welcher neben den in § 26 G.K.G. bezeichneten Gegenständen sich auch auf den ein bloßes Accessorium der Hauptsache bildenden Kostenpunkt bezieht, hiedurch nicht aufhört, im Sinn jener Gesetzesbestimmung ein ausschließlich die dort erwähnten Streitpunkte betreffender zu sein.

Beschluß des I. Senats des Oberlandesgerichts vom 7. März 1890 in der Beschwerdesache der Firma Gschwind in Stuttgart.

21.

Gebühr für den Korrespondenzmandatar.

Die Gebühr eines Anwalts für den Verkehr mit dem Prozeßbevollmächtigten der Partei wurde von der Civilkammer eines Landgerichts gestrichen, weil § 87 Abs. 2 Schlußsatz maßgebend sei. Die Beschwerde wurde für begründet erachtet in Erwägung,

daß nach den glaubhaften Angaben des Rechtsanwalts N. in Ulm über seine Thätigkeit in dieser Rechtssache derselbe den Verkehr des Klägers mit dessen Prozeßbevollmächtigten, dem Rechtsanwalt N. in Tübingen, geführt hat und daher demselben die Verkehrsgebühr im Sinne des § 44 Abs. 1 erster Fall der Rechtsanwaltsgebühren-Ordnung mit 40 Mark zusteht;

daß die für Entscheidung der Frage, ob eine solche Verkehrsgebühr von dem zur Erstattung der Kosten verpflichteten Gegner zu tragen ist, nicht der Schlußsatz des § 87 C.P.O. maßgebend ist, weil derselbe nur auf den Fall zu beziehen ist, daß mehrere Anwälte nach außen — dem Gegner gegenüber — als Vertreter einer und derselben Partei auftreten [1]);

daß vielmehr die Erstattungspflicht des Gegners davon abhängt, ob im einzelnen Fall die dadurch, daß eine Partei sich zur Vermittlung des Verkehrs zwischen ihr und ihrem

1) Vergl. Motive zu § 87 C.P.O. und den dort angeführten Art. 147 der württ. C.P.O. vom 3. April 1868.

Prozeßbevollmächtigten eines Rechtsanwalts bedient hat, erwachsenen Kosten nach freiem Ermessen des Gerichts als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig sich darstellen (§ 87 Abs. 1 C.P.O.);

daß diese Frage im vorliegenden Fall zu bejahen ist, sofern es für den Kläger bei seiner durch das mit der Beschwerde vorgelegte Schreiben desselben vom 26. Januar 1890 bewiesenen geringen Gewandtheit im Schreiben angesichts des hohen Betrags des Streitgegenstands und dem durch die Zahlungsflucht des Beklagten nahe gelegten Verdacht einer Zahlungsunfähigkeit des Beklagten geboten erscheinen mußte, behufs Abschneidung aller bei schriftlichem Verkehr zwischen ihm und seinem Prozeßbevollmächtigten möglicher Weise entstehenden Verzögerungen entweder persönlich zur Instruktion des Prozeßbevollmächtigten nach Tübingen zu reisen oder durch einen persönlich von ihm instruierten Anwalt mit demselben zu verkehren;

daß die Wahl des letzteren Weges durch den Kläger gerechtfertigt erscheint, weil eine Reise von seinem Wohnort nach Tübingen einen erheblichen Aufwand von Zeit neben baren Auslagen beansprucht hätte, wofür ihn der zur Tragung der Kosten verpflichtete Beklagte hätte entschädigen müssen.

Beschluß des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 25. April 1890 in der Beschwerdesache des Joseph Weinbuch von Stetten.

22.

Kosten eines Korrespondenzmandatars.

Der in Cannstatt ansässige Kläger hat behufs Erhebung einer Klage in Ellwangen einen Rechtsanwalt in Stuttgart beigezogen, welcher die Korrespondenz mit dem Ellwanger Prozeßbevollmächtigten vermittelte. Die für den Korrespondenzmandatar angerechnete Gebühr wurde gestrichen in Erwägung:

daß bei der Beschaffenheit des vorliegenden Rechtsstreits und im Hinblick auf die Persönlichkeit des Klägers, welcher

sich selbst als Großkaufmann bezeichnet, anzunehmen ist, daß derselbe wohl im Stande gewesen wäre, seinem Prozeßbevollmächtigten unmittelbar auf schriftlichem Wege das Streitverhältnis darzulegen und auf geeignete Anfragen desselben die sonst erforderliche Instruktion zu erteilen;

daß daher nicht glaubhaft gemacht ist, daß die Zuziehung eines Korrespondenzmandatars und der hiefür gemachte Aufwand zu zweckentsprechender Rechtsverfolgung notwendig war.

Beschluß des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 16. Februar 1889 in der Beschwerdesache des Kaufmanns Rosenfelder in Cannstatt.

23.

Voraussetzung der Anrechnung einer Gebühr nach § 7 und nach § 44 der R.A.G.O.

Der Rechtsanwalt St. in St. hat als Konkursverwalter im Konkurs des Fuhrmanns A. in H. bei dem Landgericht in U. einen Rechtsstreit gegen den Bauern A. in B. geführt. Die Klagschrift wurde nach der Behauptung des Klägers von dem Rechtsanwalt L. in St. gefertigt, welcher auch die Instruktion des von dem Kläger mit der Führung des Rechtsstreits beauftragten, bei dem Landgericht U. zugelassenen Rechtsanwalts H. daselbst besorgt haben soll. Letzterer brachte nun in seiner Kostenrechnung eine Gebühr von 40 M. gemäß § 44 der R.A.G.O. für die Rechtsanwälte St. und L. in Ansatz. Dieselbe wurde von dem Landgericht gestrichen, und die Beschwerde gegen diesen Abstrich, zu deren Begründung sich auch auf den § 7 R.A.G.O. berufen wurde, von dem Oberlandesgericht in Erwägung:

„1. daß der dem Rechtsanwalt, welcher seine eigenen Angelegenheiten betreibt, nach § 7 R.A.G.O. zustehende Anspruch auf die dem bevollmächtigten Rechtsanwalt zukommenden Gebühren und Auslagen voraussetzt, daß der Rechtsanwalt den Prozeß wie ein Prozeßbevollmächtigter führt,

2. daß daher R.A.St., soweit er als Konkursverwalter des A., somit als Partei, den Prozeßbevollmächtigten instruiert hat, für sich eine Gebühr weder auf Grund des § 7, noch auf Grund des § 44 R.A.G.O., welche letzterer nur dem den Verkehr der Partei mit dem Prozeßbevollmächtigten führenden Rechtsanwalt eine Gebühr zubilligt, beanspruchen kann,

3. daß die Gebühr, welche dem Rechtsanwalt L. für die Besorgung des Verkehrs jenes Konkursverwalters mit dem Prozeßbevollmächtigten nach § 44 R.A.G.O. zustehen sollte, nach § 87 C.P.O. nicht von dem unterliegenden Prozeßgegner zu erstatten ist, weil der Konkursverwalter, welcher Rechtsanwalt ist, ebensowohl, wie Rechtsanwalt L., in der Lage gewesen ist, unmittelbar den Prozeßbevollmächtigten schriftlich zu instruieren, und daher der durch die Aufstellung des letzteren Anwalts als Korrespondenzmandatars entstandene Aufwand zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht notwendig gewesen ist",

zurückgewiesen.

Beschluß des Oberlandesgerichts II. Sen. vom 4. März 1890 in Sachen A. gegen A.

24.

Für ein dictando geschriebenes Konzept ist eine Schreibgebühr nicht zulässig.

Aus den Gründen:

Begründet ist die Beschwerde hinsichtlich der Anrechnung von Schreibgebühren für die „Urschrift in Reinschrift" der Klage, der „weiteren Erklärung" vom 30. Oktober und der Berufungsbeantwortung mit 70 Pf., 1 M. 40 Pf. und 40 Pf. Ob unter Umständen für eine Urschrift im Sinne der Civilprozeßordnung, welche in Reinschrift hergestellt ist, Schreibgebühr berechnet werden darf, kann dahingestellt bleiben; denn die vom Anwalt des Klägers vorgelegten Urschriften der Klage und der weiteren Erklärung sind, wie die zahlreichen Korrekturen und einzelne Schreibfehler (S. 7 der Erklärung: „fäl-

liger“ statt „völliger“) beweisen, keine Reinschriften, sondern mittels Diktats hergestellte Konzepte. Für Konzepte aber kann eine Schreibgebühr nicht berechnet werden.

Beschluß des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 20. Dezember 1889 in der Beschwerdesache des Käsehändlers Schlienz in Stuttgart.

25.

Schreibgebühr für Vollmachten.

Die Anrechnung von Schreibgebühren für die Vollmachts-Ausfertigung wurde für passierlich erachtet, weil anzunehmen sei, daß diese Vollmachts-Ausfertigung — abgesehen von den Unterschriften — durch das Kanzlei-Personal des Anwalts, bezw. auf mechanischem Wege hergestellt worden sei, und daher Schreibgebühr für dieselbe berechnet werden dürfe.

Beschluß des I. Sen. vom 28. Oktober 1887 in Sachen Oppold c. Hoffmann und vom 20. Dezember 1889 in Sachen Schlienz c. Thanner, s. aber auch Beschluß des II. Sen. vom 21. Oktober 1889 in der Beschwerdesache des Xaver Sommer von Gögglingen.

26.

Eine Gebühr für die Abschrift eines Schriftsatzes zu den Handakten des Anwalts ist dann nicht statthaft, wenn es sich nicht um eine schwierigere Arbeit desselben handelt.

Ein Anwalt hat für die Abschrift einer Klage zu seinen Handakten 60 Pf. berechnet, welche das Amtsgericht gestrichen hat. Auf erhobene Beschwerde hat die Civilkammer des Landgerichts diese Anrechnung dem Gegner gegenüber als statthaft erachtet. Auf weitere Beschwerde wurde der Beschluß des Amtsgerichts wieder hergestellt in Erwägung:

daß dahingestellt beiben kann, ob ein Rechtsanwalt Schreib-

gebühr für eine weder zur Zustellung an den Gegner, noch zur Niederlegung bei Gericht, sondern zu seinem eigenen Gebrauch bestimmte Reinschrift eines Schriftsatzes dann beanspruchen kann, wenn nach Lage des Falls wegen des Umfangs oder der Schwierigkeit der Sache nicht von ihm verlangt werden kann, daß er diesen Schriftsatz sofort in einer Form zu Papier bringt, welche den Gebrauch dieses Konzepts gegenüber dem Gericht und in der mündlichen Verhandlung gestattet;

daß jedenfalls in dem in Frage stehenden Rechtsstreit, in welchem es sich um eine ganz einfache Wechselklage handelte, der Anwalt der Klägerin die Klage sofort in gehöriger und brauchbarer Form entwerfen konnte und daher diese Fertigung einer dritten Reinschrift (Abschrift) derselben durchaus überflüssig war, die demselben hieraus erwachsenen Kosten somit zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht notwendig waren, folglich vom Gegner nicht zu erstatten sind (§ 87 Abs. 1 C.P.O.);

daß ebendasselbe von der dritten Abschrift der Kostenrechnung des klägerischen Anwalts gilt, sofern nicht ersichtlich ist, daß die Urschrift (das Konzept) dieser Rechnung nicht sofort in einer deren Vorlegung an das Gericht ermöglichenden Form abgefaßt werden konnte.

Beschluß des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 6. Dezember 1889 in der Beschwerdesache des Adolf Göppinger in Reutlingen.

27.

Die Anrechnung einer Schreibgebühr für die Adresse von Briefen u. s. w. ist nicht gerechtfertigt.

Die Anrechnung eines Anwalts von Schreibgebühren für die Adressen von Postanweisungen, Postpaketadressen, Adressen auf Postkarten, Briefumschlägen von je 10 Pfennig wurde für unpassierlich erachtet.

Gründe:

Nach § 76 der R.A.G.O., bezw. nach § 80 G.K.G. können Schreibgebühren nur für Abschriften und Ausfertigungen berechnet werden. Die äußere Aufschrift auf Briefumschlägen u. s. w. kann nun aber weder als Abschrift noch als Ausfertigung, wohl aber als ein Teil der Verpackung angesehen werden, für welche nach § 77 R.A.G.O. Auslagen nicht berechnet werden dürfen. Daß die Aufschrift auf Briefadressen u. s. w. bei Berechnung der Schreibgebühren nicht mit zu berücksichtigen sei, ist übrigens auch in den Motiven zu dem Reichsgesetz vom 29. Juni 1881 (betr. Abänderung des Gerichtskostengesetzes) ausdrücklich anerkannt [1]).

Hievon ausgehend erscheint der beantragte Abstrich als gerechtfertigt, da das thatsächliche Beschwerdevorbringen, wonach unter den festgesetzten Kosten des Rechtsanwalts B. auch Auslagen für Briefadressen im Betrag von 1 M. 35 Pf. inbegriffen seien, seitens des klägerischen Vertreters, welchem die Beschwerdeschrift mit Spezifikation der beanstandeten Einzelposten zur Aeußerung mitgeteilt worden ist, nicht bestritten wurde.

Beschluß des II. Senats des Oberlandesgerichts vom 31. Mai 1889 in der Beschwerdesache des Kaufmanns Wilhelm Weiß in Heilbronn.

28.

Gebühr für Besorgung der Briefe innerhalb des Wohnorts des Anwalts durch einen Gehilfen.

Ein Anwalt erhob Beschwerde gegen einen landgerichtlichen Beschluß, wodurch ihm 3mal 5 Pfennige für Besorgung von Briefen innerhalb seines Wohnsitzes durch einen Gehilfen abgesetzt worden sind, indem er bestritt, daß die Besorgung solcher Geschäfte zum allgemeinen Geschäftsbetrieb gehören. Die Beschwerde wurde verworfen in Erwägung:

1) Vergl. Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden in Annalen Band 8. S. 96.

daß eine Anrechnung von Porto für Briefe, welche nicht durch die Post, sondern durch den Gehilfen des Beschwerdeführers am Wohnorte des Beschwerdeführers an ihre Adresse befördert worden sind, für unstatthaft zu erachten ist, sofern die Thätigkeit des Rechtsanwalts außerhalb der mündlichen Verhandlung, insbesondere der zur Prozeßführung erforderliche Verkehr mit den Parteien, dem Zustellungsbeamten und dem Gerichtsschreiber als zum allgemeinen Geschäftsbetrieb gehörig durch die in § 13 der Gebührenordnung geregelte Prozeßgebühr als belohnt erscheint.

Beschluß des II. Senats des Oberlandesgerichts vom 23. September 1889 in der Beschwerdesache des Gottlob Föll von Steinhausen.

Beschluß des I. Senats vom 25. Februar 1887 in der Beschwerdesache des Karl Gruber von Stuttgart.

29.

Der Rechtsanwalt, welcher einen Referendär zur mündlichen Verhandlung und zum Beweisverfahren substituiert, ist nicht berechtigt, die Gebühren des § 13 Nr. 2 und 4 und die Vergütung des § 78 eod. zu liquidieren.

I. Die Beschwerde eines Anwalts wider einen die Verhandlungs- und Beweisgebühr absetzenden Beschluß eines Landgerichts, welche Beschwerde der Anwalt erhoben hat, um eine prinzipielle Entscheidung über obige Frage herbeizuführen, wurde verworfen in Erwägung:

1. daß der Anspruch eines als Prozeßbevollmächtigten bestellten Rechtsanwalts auf die durch § 13 Nr. 2 der G.O. „für die mündliche Verhandlung“ gewährte Verhandlungsgebühr voraussetzt, daß der Rechtsanwalt mindestens einen Termin zur mündlichen Verhandlung persönlich wahrnimmt und daß er auch nur unter dieser Voraussetzung Anspruch auf Erhöhung dieser Gebühr im Sinn des § 17 der G.O. hat; daß ferner die ihm nach § 13 Nr. 4 der G.O. „für die Ver-

tretung in einem Beweisaufnahmeverfahren" zustehende Beweisgebühr voraussetzt, daß der Rechtsanwalt im Beweisaufnahmeverfahren die Thätigkeit eines Vertreters seiner Partei in einer nach außen erkennbaren Weise entwickelt hat, wofür die bloße Information und Absendung eines Substituten für sich allein noch nicht genügt;

2. daß in der vorliegenden Rechtssache der Prozeßbevollmächtigte des Klägers weder an der mündlichen Verhandlung sich beteiligte, noch was das Beweisaufnahmeverfahren betrifft, auch nur behauptet hat, daß er in einer der dem Vorbemerkten zufolge die angerechnete Gebühr rechtfertigenden Weise thätig gewesen sei, auch nicht an der hieran angeschlossenen Fortsetzung der mündlichen Verhandlung sich in Person beteiligt, sondern für alle diese Akte einen zum Vorbereitungsdienst ihm beigegebenen Justizreferendär als seinen Vertreter bestellt hat, ohne daß demselben eine Stellvertretung im Sinn des § 25 der Rechtsanwaltsordnung übertragen gewesen wäre;

3. daß in Ermanglung einer ausdrücklichen anderweiten Bestimmung des Gesetzes eine solche Vertretung des Rechtsanwalts durch einen, wenngleich mindestens 2 Jahre im Vorbereitungsdienst beschäftigten, Rechtskundigen für den Gebührenbezug nicht gleichbedeutend sein kann mit derjenigen Thätigkeit des Rechtsanwalts, für welche allein die Verhandlungs- und Beweisgebühr als solche eine Vergütung bilden soll, nämlich mit der eigenen oder durch einen Stellvertreter im Sinn des § 25 der Rechtsanwaltsordnung ausgeübten Thätigkeit.

Beschluß des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 9. Dezember 1889 in der Beschwerdesache des Kutschers Anton Schmieg von Blaufelden.

II. Ebenso hat sich der erste Civilsenat des Oberlandesgerichts am 15. März 1889 in der Beschwerdesache der Witwe des Joseph Hilb in Baisingen hinsichtlich der Taggelder und Reisekosten eines Anwalts, § 78 R.A.G.O., ausgesprochen.

30.

Taggelder und Auslagen eines Anwalts für Uebernachten.

Nach dem Eisenbahnfahrtenplan hätte der Anwalt, wenn er zu der auf morgens 9 Uhr vor dem Amtsgericht anberaumten Verhandlung kommen wollte, den um 4 Uhr 30 Min. abgehenden Zug benützen müssen. Dies konnte demselben nicht zugemutet werden; er war vielmehr berechtigt, sich schon Tags zuvor an den Gerichtssitz zu begeben.

Beschluß des I. Senats des Oberlandesgerichts vom 20. Dezember 1889 in Sachen Schlienz c. Thanner.

31.

Zu § 79 Abs. 3 Rechtsanwaltsgebührenordnung.

Der klägerische Anwalt hat gegen zwei Schuldner des Klägers bei dem Amtsgericht Sch. je eine besondere Klage auf Zahlung eingereicht. Das Amtsgericht hat zur mündlichen Verhandlung in beiden Sachen Termin auf die gleiche Zeit anberaumt, bei welchem der klägerische Anwalt erschien. In dem einen Rechtsstreit wurde der Kläger abgewiesen und sind ihm die Kosten auferlegt worden; in dem andern wurde der Beklagte verurteilt und in die Kosten verfällt. In letzterem Rechtsstreit hat der klägerische Anwalt seine ganzen Reisekosten mit Berufung auf § 79 Abs. 3 R.A.G.O. liquidiert. Die Beschwerde gegen den Abstrich der hälftigen Reisekosten wurde verworfen in Erwägung:

1. daß die Bestimmung der R.A.G.O in § 79 Abs. 3 in Verbindung mit § 3 eod. auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finden kann, weil dieser Bestimmung zufolge nur dem Rechtsanwalt, welcher zur Ausführung der Aufträge mehrerer Auftraggeber eine Reise macht, das besondere Recht zusteht, daß er von jedem der mehreren Auftraggeber die Reisekosten, welche zur Ausführung des ihm erteilten Auftrags aufzuwenden waren, ganz ersetzt verlangen kann, ohne daß die

Mitverhaftung der anderen Auftraggeber dem Rechtsanwalt gegenüber geltend gemacht werden kann, diese Bestimmung somit nicht nur eine Mehrheit von Auftraggebern, sondern auch die Geltendmachung des Ersatzanspruchs von Seite des Rechtsanwalts gegen die eigene Partei voraussetzt, während im vorliegenden Fall nur ein Auftraggeber vorhanden ist, welcher die ihm von seinem Rechtsanwalt aufgerechneten Reisekosten von der Gegenpartei ersetzt verlangt;

2. daß eine Bestimmung, wonach eine Partei die Reisekosten ihres Anwalts, welche bei gleichzeitiger Ausführung mehrerer Aufträge in verschiedenen Prozessen entstanden sind, nach ihrer freien Wahl von jedem Prozeßgegner ganz ersetzt verlangen könnte, in der Gebührenordnung für Rechtsanwälte nicht enthalten ist;

3. daß aber in Ermanglung einer solchen Vorschrift nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen anzunehmen ist, daß die Kosten der Reise, welche ein Rechtsanwalt im Auftrage einer Partei, aber zur Verhandlung in zwei verschiedenen Prozessen unternommen hat, gleichmäßig in beiden Prozessen erwachsen und für beide Prozesse aufgewendet, und daher auch gleichmäßig auf beide Prozesse zu verteilen sind;

4. daß hiernach der Kläger die auf den gleichzeitig verhandelten Prozeß gegen D. entfallende Hälfte der Reisekosten seines Anwalts von dem Beklagten Georg H. nicht ersetzt verlangen kann.

Beschluß des II. Civilsenats des K. Oberlandesgerichts vom 10. Januar 1887 in der Beschwerdesache des Kaufmanns Stöckhardt von Stuttgart.

32.

Können Gebühren für die Hinterlegung eine Sicherheit behufs Vollstreckbarkeit des Urteils von der Gegenpartei ersetzt verlangt werden?

Das Thatsächliche ergibt sich aus den Gründen:

Auch wenn unterstellt wird, daß die von einem Anwalt bewirkte Hinterlegung einer Sicherheit, von deren Leistung die Vollstreckbarkeit eines Urteils abhängig gemacht ist, zu dem Prozeßbetrieb gehöre und nicht die Zwangsvollstreckung betreffe, so ist doch der Ansatz der von der Klägerin in deren Kostenrechnung liquidierten Inkassogebühr von 19 M. 50 Pf. nicht begründet. Für eine solche Bemühung — die Empfangnahme der zu hinterlegenden Summe von der Partei und das Weiterbegeben derselben an die Hinterlegungsstelle — wird der Anwalt durch die Prozeßgebühr belohnt, und es findet der § 87 R.A.G.O., welcher nur von dem Einzug einer der Partei geschuldeten Leistung handelt [1]), keine Anwendung.

Es kann nicht angenommen werden, daß für einen solchen Verkehr des Anwalts mit der Partei und der Hinterlegungsstelle, welcher nur die Weiterbeförderung der von der Partei eingesendeten Summe an diese Hinterlegungsstelle umfaßt, wobei der Anwalt für keinen höheren Grad von Sorgfalt zu haften hat, als bei seinen anderen Geschäften, und welcher sich von der Inempfangnahme einer geschuldeten Leistung, bei welcher sowohl die damit verbundene Mühe als die Verantwortung eine andere und größere ist, wesentlich unterscheidet, eine so hohe Gebühr, wie sie § 87 R.A.G.O. gewährt, habe festgesetzt werden wollen.

Klägerischerseits wird versucht, diese Anrechnung damit zu begründen, daß der Anwalt durch jene Gebühr für die Mühe entschädigt werden soll, welche die zweckmäßige Anlage der von dem Klienten eingezogenen Gelder durch Ankauf von Wertpapieren — um dem Klienten Zinsverluste zu ersparen — und der bestmöglichste Verkauf nach Ablauf der Hinterlegungszeit verursache, sowie für das Risiko, welches der Anwalt durch eine solche Thätigkeit, die Verwaltung der Gelder, laufe. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Anwalt für eine solche Thätigkeit von seiner eigenen Partei eine Belohnung ansprechen kann; jedenfalls können Kosten hiefür der Gegen-

1) Entsch. des Reichsgerichts B. 9. S. 330. B. 11. S. 364.

partei gegenüber nicht festgestellt werden. Denn der Anwalt der Beschwerdeführerin selbst führt mit Recht an, daß eine solche Thätigkeit vollständig außerhalb des Rahmens des eigentlichen Prozeßbetriebs liege. Ueber Kosten, welche durch derartige Bemühungen des Anwalts im Interesse der eigenen Partei, um diese vor Schaden zu bewahren, verursacht werden, wird im Urteil nicht entschieden, die Beklagte ist zu Erstattung solcher Kosten durch das Urteil nicht verpflichtet, und dieselben können daher ihr gegenüber nicht festgestellt werden. Hienach war die Beschwerde gegen den Durchstrich dieses Kostenansatzes zu verwerfen.

Beschluß des I. Civilsenats vom 20. Dezember 1889 in der Beschwerdesache der Firma Heinrich Blecher in Duisburg.

33.

Die Auslagen eines Anwalts behufs Beschaffung einer Sicherheitsleistung zum Zweck der Vollstreckbarkeitserklärung eines Urteils gehören zu den zu erstattenden Prozeßkosten.

Ein Anwalt hat eine Sicherheit hinterlegt, um die vorläufige Vollstreckbarkeit eines Urteils zu bewirken, und hiefür die entstandenen Auslagen liquidiert. Die Beschwerde gegen den Abstrich dieser Auslagen wurde für begründet erachtet in Erwägung:

daß die zur Beschaffung einer Sicherheitsleistung, von welcher die vorläufige Vollstreckbarkeit eines Urteils abhängig gemacht ist (C.P.O. § 650), erforderliche Thätigkeit des Prozeßbevollmächtigten zum Prozeßbetrieb in der Instanz gehört, daß demgemäß die vom Rechtsanwalt Sch. in seiner Kostenrechnung als Ersatzposten aufgeführten Auslagen für Beschaffung der dem Kläger durch das Versäumnisurteil vom 21. Februar d. J. auferlegten Sicherheitsleistung und für den Nachweis der geleisteten Sicherheit dem Beklagten gegenüber (C.P.O. § 672 Abs. 2) von der Civilkammer zu Unrecht gestrichen worden sind.

Beschluß des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 28. April 1890 in der Beschwerdesache des Gustav Würzburger in Heilbronn.

34.

Anfechtung einer nach der Zahlungseinstellung vorgenommenen Pfändung (K.O. § 23 Z. 2). Begriff der Zahlungseinstellung. Dieselbe kann auch durch die Erklärung der Zahlungsunfähigkeit seitens des Schuldners geschehen.

Aus den Gründen:

Die von der Beklagten auf Grund eines vollstreckbaren Titels bewirkte Pfändung fällt, wie in der Rechtsprechung anerkannt ist, unter den Begriff der Rechtshandlungen im Sinne der Ziffer 2 des § 23 K.O., welche dem Konkursgläubiger eine von demselben nicht zu beanspruchende Sicherung gewähren.

Jene Pfändung ist sodann auch nach der Zahlungseinstellung der Gemeinschuldner erfolgt. Unter der Zahlungseinstellung ist jeder äußere Vorgang zu verstehen, durch welchen der Schuldner das Unvermögen, seinen Verbindlichkeiten im allgemeinen nachzukommen, zu erkennen gibt. Solches kann insbesondere auch durch eine ausdrückliche gerichtliche oder außergerichtliche Erklärung der Zahlungsunfähigkeit seitens des Schuldners geschehen, vorausgesetzt daß diese Erklärung der Wahrheit entspricht. Die fragliche Erklärung kann, auch wenn sie aus Anlaß eines einzelnen Falls der Nichtzahlung einer Schuld abgegeben wird, ohne daß die Unterlassung mehrerer Zahlungen vorangegangen ist, den auf die allgemeine Zahlungseinstellung gerichteten Willen genügend bekunden [1]).

Ein solcher Wille ist nun auch in der Erklärung zu finden, welche die Gemeinschuldner am 8. Juni 1887 auf die vor der Vornahme der angefochtenen Pfändung an sie ergangene Zahlungsaufforderung gegenüber dem Gerichtsvoll-

1) Hahn, Mater. IV, 294 f. Entsch. des R.O.H.G. II. 58, IV 363, X 69. Entsch. des R.G. VI. 97.

zieher und dem Teilhaber der beklagten Firma dahin abgegeben haben, daß sie nicht bezahlen können und auch nichts Eigenes besitzen. Der Wortlaut dieser Erklärung spricht schon dafür, daß die Schuldner damit die Unfähigkeit zur Bezahlung ihrer Schulden ausdrücken wollten. Insbesondere sind die Worte, daß dieselben nichts Eigenes besitzen, nicht mit der Beklagten in dem Sinne aufzufassen, daß das in dem Gewahrsam der Schuldner befindliche Vermögen als Eigentum Dritter bezeichnet worden sei, da die Schuldner bei der nachfolgenden Pfändung ihr Eigentum an der gepfändeten Fahrnis nicht bestritten haben. Vielmehr haben die Schuldner mit jenen Worten nur besagen wollen, daß sie ihr Vermögen bei ihrem Schuldenstand als ihren Gläubigern gehörig ansehen und daher dasselbe unter Ausschluß des Zugriffs einzelner Gläubiger zur Befriedigung ihrer sämtlichen Schulden bestimmt sei. Sodann ergibt sich die Absicht der Gemeinschuldner, mit obiger Erklärung ihre Zahlungen einzustellen, daraus, daß sie der Beklagten keine anderweitige Zahlungsmittel angeboten haben, um die Pfändung ihrer sämtlichen Vorräte an Rohstoffen, welche zur Bereitung von Bier notwendig waren, und an fertigem Bier abzuwenden. Denn durch diese Pfändung wurde den Gemeinschuldnern, sofern ihnen nicht von dritten Personen die Mittel zur Auslösung der gepfändeten Gegenstände oder zur Anschaffung anderer Vorräte gewährt wurden, die Ausübung ihres Gewerbebetriebs unmöglich gemacht, und es wurden dieselben daher außer stand gesetzt, aus den Erträgnissen des letzteren, welche die einzigen Mittel zur allmählichen Abtragung ihrer gesamten Schulden bildeten, letztere zu befriedigen. Unerheblich ist es, wenn die Beklagte den Gemeinschuldnern gestattet hat, die gepfändeten Vorräte an Malz und Bier gegen Bezahlung eines gewissen Betrags an den Gerichtsvollzieher auszulösen, da solches den Gemeinschuldnern ohne Kontrahierung neuer Schulden nicht möglich war. Der hiernach infolge der Pfändung zu Gunsten eines einzelnen Gläubigers für die übrigen Gläubiger der F.'schen Eheleute eintretende Nachteil konnte, da diese die bevorstehende

Pfändung weder durch ihren Widerspruch, noch durch einen alsbaldigen Antrag auf Konkurseröffnung zu verhindern in der Lage waren, nur durch die Zahlungseinstellung seitens jener Eheleute vor der Vornahme der Pfändung verhütet werden, und es erscheint daher bei der unzweifelhaften Absicht der Gemeinschuldner, jenen Nachteil abzuwenden, gerechtfertigt, hieraus einen Rückschluß auf die Bedeutung der von den Gemeinschuldnern vor der Pfändung abgegebenen Erklärung zu ziehen. Für obige mit der letzteren verbundene Absicht spricht sodann der Umstand, daß die Gemeinschuldner wenige Tage nach der fraglichen Pfändung, nämlich am 11. und 12. Juni bei dem Amtsgericht G. den Antrag auf Konkurseröffnung gestellt haben. Wenn hiebei von denselben bemerkt worden ist, daß sie durch die am 8. Juni vorgenommene Pfändung der Brauerei und Biervorräte zahlungsunfähig geworden seien und infolge dessen die Zahlungen haben einstellen müssen, so ist hieraus nicht abzuleiten, daß die Gemeinschuldner nicht schon mit ihrer Erklärung vom 8. Juni die Zahlungen eingestellt haben. Vielmehr sollte mit jener Bemerkung augenscheinlich nur ausgedrückt werden, daß besagte Pfändung für sich den Schuldnern die Möglichkeit zur Leistung einer Zahlung benommen habe, wodurch nicht ausgeschlossen war, daß schon vor dem Vollzug jener Pfändung die Unfähigkeit der Gemeinschuldner, allen ihren Verbindlichkeiten gerecht zu werden, eingetreten war. Die von den Gemeinschuldnern vor der Vornahme der Pfändung vom 8. Juni abgegebene Erklärung ihrer Zahlungsunfähigkeit hat nun auch der damaligen Vermögenslage desselben entsprochen.

In dem ersten am 14. März 1884 eröffneten und Ausgangs des Jahres 1885 beendigten Konkursverfahren gegen die F.'schen Eheleute sind Schulden im Betrag von M. 37 433.36 unbefriedigt geblieben, von welchen bei Eröffnung des zweiten Konkursverfahrens durch amtsgerichtlichen Beschluß vom 12. Juni 1887 noch M. 32 550.73 rückständig waren. Hiezu kamen noch neu entstandene Schulden im Betrage von M. 10 232.43 und Unterpfandsschulden M. 84 681.23, zusammen M. 91 464.39.

Diesen Schulden stand gegenüber eine Aktivmasse von M. 62 102.83, und es ergab sich somit eine Unzulänglichkeit von M. 29 361.56. Die Aktivmasse bestand aus Liegenschaft im Aufschlag von M. 50 500, Fahrnis M. 12 554.54, darunter verpfändete Pertinenzen der Liegenschaft M. 2669, die von der Beklagten gepfändete Fahrnis M. 6318, und sonstige verkäufliche Fahrnis M. 1641.35, und aus zum Teil uneinbringlichen Geschäftsausständen im Betrage von M. 216.48.

Hienach kann es keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß die F.'schen Eheleute, auch wenn dieselben in der Zeit zwischen dem ersten und zweiten Konkursverfahren mit Hilfe des ihnen von dritten gewährten Kredits ihr Gewerbe mit günstigem Erfolg betrieben haben, am 8. Juni 1887 nicht die erforderlichen Mittel besaßen, um ihren sämtlichen Gläubigern gerecht zu werden. Denn dafür, daß den Gemeinschuldnern zu letzterem Zweck von dritten Personen ein ausreichender Kredit gewährt worden wäre, liegen keine thatsächlichen Anhaltspunkte vor, wie denn auch aus Anlaß der angefochtenen Pfändung kein Versuch gemacht worden ist, die Forderung der Beklagten anderweitig zu befriedigen. Unerheblich ist es, wenn die Forderungen jener Gläubiger damals teilweise noch nicht fällig gewesen sein sollten, weitere Gläubiger, als die Beklagte, keine Zahlung beansprucht haben und die Schuldner im stand gewesen wären, durch Verkauf von Fahrnisstücken jeder Zeit so viel bare Mittel sich zu verschaffen, um einen einzelnen allenfalls andringenden Gläubiger auf der Stelle zu befriedigen. Denn bei Prüfung der Frage, ob eine Zahlungseinstellung erfolgt sei, sind, da das Vermögen eines Schuldners als Befriedigungsmittel für alle seine Gläubiger angesehen wird und die Flüssigmachung dieses Vermögens von einem redlichen Schuldner nicht bloß zur Bezahlung einzelner andringender Gläubiger zu benützen ist, sämtliche Schulden, auch die nicht fälligen und die augenblicklich nicht drängenden, zu berücksichtigen [1]).

---

1) Entsch. des Reichsgerichts in Seuffert's Archiv XL Nr. 111.

Wenn ferner die Beklagte behauptet, daß die Liegenschaft und die Fahrnis der Gemeinschuldner einen weit höheren Verkaufswert, als der Anschlag im Konkursinventar betrage, habe, so entbehrt dieses Vorbringen der genügenden thatsächlichen Begründung, inwiefern die von Sachverständigen in dem Konkurs gemachten Anschläge unrichtig sein sollten. Wäre übrigens auch anzunehmen, daß bei einer höheren Schätzung der Aktivmasse der Gemeinschuldner sich die Vermögensunzulänglichkeit gehoben hätte, so wäre damit doch nicht die Zahlungsunfähigkeit derselben beseitigt, so lange die Schuldner nicht die Mittel zur Tilgung ihrer Verbindlichkeiten zu beschaffen in der Lage waren [1]).

Daß aber die Gemeinschuldner letzteres nicht vermocht haben, ist von denselben durch ihr Verhalten aus Anlaß der angefochtenen Pfändung bekundet worden. Die Behauptung der Beklagten, es sei anzunehmen, daß zur Zeit dieser Pfändung erhebliche Barmittel und nicht bloß, wie das Pfändungsprotokoll ergebe, 4 M. vorhanden gewesen seien, verdient in Ermanglung jeder thatsächlichen Begründung keine Beachtung.

Hienach ist bewiesen, daß die Gemeinschuldner vor der Vornahme der angefochtenen Pfändung ihre Zahlungen eingestellt haben. Die Beklagte hat daher, um den nach § 23 Z. 2 K.O. an sich begründeten Anfechtungsanspruch des Klägers zu entkräften, zu beweisen, daß ihr zur Zeit der Vornahme jener Pfändung von der Zahlungseinstellung der Gemeinschuldner nichts bekannt gewesen sei. Da nun die Erklärung der letzteren, durch welche dieselben ihre Zahlungseinstellung dem Ausgeführten zufolge zu erkennen gegeben haben, dem Teilhaber der beklagten Firma gegenüber erfolgt ist, so hätte diese darzuthun gehabt, daß sie jene Erklärung in einem andern Sinn, als in dem einer Zahlungseinstellung aufgefaßt habe, und daß sie hiezu nach Lage der Sache berechtigt gewesen sei. Dies ist jedoch der Beklagten nicht gelungen. Wenn nämlich auch die Gemeinschuldner in der Zeit zwischen dem

1) Hahn, l. c. S. 292.

ersten und zweiten Konkursverfahren ihr Gewerbe mit gutem Erfolg betrieben und nicht bloß ihre laufenden Verbindlichkeiten stets erfüllt, sondern auch einen Teil der in dem ersten Konkursverfahren nicht befriedigten Schulden abgetragen haben, so mußte sich doch die Beklagte, falls sie den Schuldenstand der Gemeinschuldner in diesem Konkursverfahren gekannt hat, zur Zeit der Abgabe obiger Erklärung der Gemeinschuldner sagen, daß die letzteren, welche nach jenem Konkursverfahren nur mit fremdem Kredit ihr Gewerbe fortzusetzen im stand waren, was die Beklagte infolge ihrer nach dem ersten Konkursverfahren eine Zeit lang mit den Gemeinschuldnern fortgeführten Geschäftsverbindung wußte, während des verhältnismäßig kurzen Zwischenraums zwischen dem ersten Konkursverfahren und der Zeit der Pfändung nur einen kleinen Teil der in diesem Verfahren nicht befriedigten Schulden haben bezahlen können, wie sie denn auch der Beklagten während jenes Zeitraumes an dem in dem früheren Konkurs durchgefallenen Betrag ihrer Forderung nichts bezahlt haben. Daß aber in dem ersten Konkursverfahren gegen die F.'schen Ehegatten ein namhafter Teil der Schulden derselben nicht befriedigt worden sei, mußte die Beklagte schon daraus entnehmen, daß sie auf ihre in jenem Verfahren angemeldete Forderung eine Dividende von nur 6.57 % erhalten hat, was, wie ihr bei ihrem Geschäftsverkehr mit den Gemeinschuldnern bekannt sein mußte, nicht etwa bloß von dem geringen Stand der Aktivmasse, sondern auch von dem Betrag der angemeldeten Forderungen herrührte. Daß die Beklagte Mißtrauen in die Vermögensverhältnisse der Gemeinschuldner unmittelbar vor der Vornahme der Pfändung gesetzt hat, beweist sodann der Umstand, daß sie kurz vorher Erkundigungen über dieselben bei einem Geschäftsfreund eingezogen hat, und sodann, ohne die Gemeinschuldner vorher zu mahnen, auf Grund des in dem ersten Konkursverfahren erlangten vollstreckbaren Schuldtitels gegen dieselben mit der Fahrnispfändung vorgegangen ist. Wenn die Beklagte letzteres mit der Befürchtung erklärt hat, daß die Gemeinschuldner sich aller Zwangsvollstreckungsobjekte durch Beiseiteschaffung oder

durch Abschluß von Scheingeschäften entäußern möchten, so wird hiedurch eben wieder obiges Mißtrauen der Beklagten bestätigt. Zieht man ferner in Betracht, daß der Teilhaber der beklagten Firma ausweislich des Pfändungsprotokolls vor der Vornahme der Pfändung die Fahrnis der Gemeinschuldner sich vorzeigen ließ, und daß es ihm auffallen mußte, daß die letztern die Pfändung der zur Fortsetzung ihres Geschäftsbetriebs notwendigen Gegenstände nicht abzuwenden vermochten, so hatte die Beklagte offenbar keinen vernünftigen Grund, die der Pfändung vorangegangene Erklärung der Gemeinschuldner in einem andern Sinn, als in dem der Zahlungseinstellung aufzufassen. Von Auferlegung eines richterlichen Eides an die Beklagte über die Nichtkenntnis der Zahlungseinstellung kann daher keine Rede sein.

Hienach erscheint der Aufechtungsanspruch als begründet.

Urteil des II. Senats des Oberlandesgerichts vom 7. Mai 1888 in Sachen der Konkursverwaltung der F.'schen Eheleute gegen die Firma H. und H., Anfechtung einer Pfändung betreffend.

35.

Bürgschaft für die im Kontokorrentverkehr von dem einen Kontrahenten an den andern zu begebenden und von dem letztern zu diskontierenden Wechsel und deren richtigen Eingang.

Die Klägerin stand während einer Reihe von Jahren in einem in Form des Kontokorrents eingekleideten Kreditverhältnis zu dem Fabrikanten Friedrich Z. von A., vermöge dessen sie demselben Geldvorschüsse und für seine Rechnung Leistungen an andere machte, Z. aber auf seine Schuldner gezogene Wechsel an die Klägerin begab, welche solche nicht acceptiert weiter indossierte. Der Beklagte machte sich nun in einer so betitelten Schuld- und Bürgschaftsurkunde vom 10. Juli 1877 der Klägerin für die von Z. an die letztere im Kontokorrent zu begebenden und von derselben zu diskon-

tierenden Tratten, resp. Wechsel und deren richtigen Eingang bis zum Betrag von 5000 M. als Bürge und Selbstschuldner verbindlich. Eine größere Anzahl der Wechsel, welche Z. an die Klägerin begeben hat, ist nun von den Bezogenen nicht eingelöst worden, und es erhob daher die Klägerin gegen den Beklagten einen Anspruch auf Erstattung des Betrags der nicht eingegangenen Wechsel. Der Beklagte bestritt seine Verbindlichkeit, weil er sich nur für die Acceptanten der Wechsel verbürgt habe, letztere aber von den Bezogenen nicht angenommen worden seien. Eventuell machte er geltend, daß er nur für die Regreßverbindlichkeit des Z. aus den Wechseln Bürgschaft geleistet, die Klägerin aber nicht nachgewiesen habe, daß die fraglichen Wechsel ordnungsmäßig protestiert worden seien, und daß daher jene Regreßverbindlichkeit nicht begründet und folgeweise auch die Bürgschaft des Beklagten für dieselbe unwirksam sei.

Der Anspruch der Klägerin wurde für zutreffend erklärt.

Gründe.

In der so betitelten Schuld- und Bürgschaftsurkunde vom 10. Juli 1877 hat sich der Beklagte der Klägerin für die von dem Fabrikanten Friedrich Z. von Altenstadt an die letztere im Kontokorrent zu begebenden und von derselben zu diskontierenden Tratten, resp. Wechsel und deren richtigen Eingang bis zum Betrage von 5000 M. als Bürge und Selbstschuldner verpflichtet. Der Zweck dieser Verpflichtung, welcher dahin ging, der Klägerin Sicherheit für den Eingang der nur mit der Unterschrift des Z. versehenen Wechsel zu verschaffen, wäre nun nicht erreicht worden, wenn der Beklagte nur für die Acceptanten der Wechsel, also nur für den Fall, daß die zur Zeit der Begebung derselben an die Klägerin nicht acceptierten Wechsel von den Bezogenen acceptiert werden sollten, sich verbürgt hätte. Denn bei der Begebung der Wechsel war es völlig ungewiß, ob die Bezogenen dieselben acceptieren werden, und es stand der Klägerin kein Mittel zur Erzwingung dieses Accepts zu Gebot. Die Bürgschaft des Beklagten wäre daher unter Umständen ganz bedeutungslos gewesen. Abgesehen

davon, läßt sich auch nicht annehmen, daß der Beklagte für Schuldner, deren Person und Vermögensverhältnisse ihm zur Zeit der Eingehung der Bürgschaft völlig unbekannt waren, und bezüglich deren der Erfolg eines etwaigen Regresses zweifelhaft gewesen wäre, sich habe verbürgen wollen. Wenn der Beklagte sich für den richtigen Eingang der Wechsel verpflichtet hat, so kann hieraus nicht abgeleitet werden, daß die Acceptanten der Wechsel im Verhältnis zu den Parteien die Hauptschuldner sein sollten. Denn es konnten ja die Wechsel von den Bezogenen ohne vorgängiges Accept eingelöst werden, und eben dafür, daß die Wechsel, sei es ohne vorgängiges Accept oder nach demselben, an die Klägerin bezahlt worden, hat sich der Beklagte verbindlich gemacht. Wenn Z. dem letztern vor der Uebernahme seiner Verpflichtung erklärt hat, derselbe riskiere hiebei nichts, weil Z. mit lauter guten Kunden zu thun habe, so folgt hieraus nicht, daß es sich um eine Bürgschaft des Beklagten für diese Kunden gehandelt habe. Vielmehr wollte Z. damit den Beklagten eben darüber beruhigen, daß die Wechsel nicht an die Klägerin zurückkommen und der Beklagte nicht in Anspruch genommen werde, weil die Bezogenen zahlungsfähige Leute seien und daher die Wechsel einlösen werden. Ebensowenig spricht zu Gunsten der Uebernahme einer Bürgschaft seitens des Beklagten für die Acceptanten der in dem Vertrag erklärte Verzicht auf die Einrede „der unterlassenen Liquidation im etwaigen Gante des Schuldners“. Denn hiemit sollte die Klägerin nur gegen die etwaige Einwendung des Beklagten sicher gestellt werden, daß, soweit sie durch die Begebung der Wechsel außer dem Aussteller derselben weitere Schuldner, wobei insbesondere an etwaige Acceptanten der Wechsel gedacht worden sein mag, erlangen sollte, die Klägerin durch die Unterlassung der Verfolgung ihrer Rechte im Gant dieser Schuldner ihres Anspruchs gegen den Beklagten verlustig gegangen sei.

Eine etwaige Bestimmung der Statuten der Klägerin, daß bei den an dieselbe begebenen Wechseln deren Accept einzuholen sei, könnte nur als im Interesse der Bank getroffen,

und ebenso eine diesfallsige Uebung anderer Banken nur als in deren eigenem Interesse bestehend angenommen werden. Es vermöchte daher der Beklagte hieraus ohne vorliegende besondere Gründe eine Einwendung wegen versäumter Sorgfalt gegen seine Verpflichtung um so weniger abzuleiten, als diese nach seiner eigenen Darstellung das Surrogat für die 3 Unterschriften auf den Wechseln, welche die Klägerin von Z. verlangt habe, bilden sollte. Vielmehr bestimmt sich die Verpflichtung des Beklagten lediglich nach dem Inhalt des von ihm mit der Klägerin abgeschlossenen Vertrags. Nach diesem hat aber der Beklagte die von der vorgängigen Acceptierung der Wechsel unabhängige Verbindlichkeit für den richtigen Eingang derselben, d. h. zur Bezahlung der Wechselsummen an die Klägerin, wenn die Wechsel am Verfalltag von den Bezogenen nicht eingelöst wurden, als Selbstschuldner übernommen. Da in dem Vertrag ein Hauptschuldner nicht genannt ist, so sollte der Beklagte sich nicht für die Schuld eines andern verpflichten, sondern im Fall jener Nichteinlösung der Wechsel Schuldner der Wechselsummen werden. Diese Verpflichtung stellt sich daher in Wahrheit als ein Garantieversprechen des Beklagten für den Eingang der in Rede stehenden Wechsel dar. Wenn die Verbindlichkeit des Beklagten in der Vertragsurkunde als Bürg- und Selbstschuldnerschaft bezeichnet wird, so erklärt sich dies dadurch, daß jenes Garantieversprechen für die Klägerin als Gläubigerin des Z. dieselbe faktische Wirkung hatte, wie die Uebernahme der Bürg- und Selbstschuldnerschaft für Z. bis zum Betrag der nicht eingegangenen Wechselsummen. Auch mag auf jene Bezeichnung der Umstand von Einfluß gewesen sein, daß man sich bei der Abfassung des Vertrags des Formulars einer Schuld- und Bürgschaftsurkunde, welche für einen von der Klägerin eröffneten Kontokorrent ausgestellt zu werden pflegt, bedient hat.

Vorstehender Auffassung des Sinns der Vertragsurkunde vom 10. Juli 1877 kann nicht entgegengehalten werden, daß die Klägerin die Behauptung aufgestellt hat, daß der Beklagte sich für die Regreßpflicht des Z. aus den von demselben an

die Klägerin begebenen Wechseln verbürgt habe. Denn diese Behauptung ist eben eine Auslegung jener Vertragsurkunde, auf deren Inhalt die Klägerin ihren Anspruch stützt. An eine solche Auslegung ist aber das Gericht nicht gebunden, sondern es hat dasselbe auf Grund selbständiger Prüfung des Inhalts der genannten Vertragsurkunde den aus derselben sich ergebenden Willen der Kontrahenten zu ermitteln.

Festgestellt ist nun, daß von Z. an die Klägerin begebene Wechsel im Betrag von 4335 M. 42 Pf. seitens der Bezogenen nicht eingelöst worden sind und es ist daher bezüglich dieser Wechsel die Bedingung, unter welcher sich der Beklagte in dem Vertrag vom 10. Juli 1877 gegenüber der Klägerin verpflichtet hat, eingetreten. Wenn die Bezogenen die Wechsel deshalb nicht eingelöst haben, weil dieselben von ihnen nicht acceptiert worden sind, so kann hieraus, wie bereits bemerkt worden ist, vom Beklagten keine Einwendung gegen den von der Klägerin erhobenen Anspruch abgeleitet werden. Unerheblich ist sodann auch die etwaige Unterlassung der rechtzeitigen und formrichtigen Protestierung der fraglichen Wechsel, da die Nichteinlösung derselben, durch welche die Verbindlichkeit des Beklagten zur Erstattung der Wechselsummen an die Klägerin begründet worden ist, in keinem ursächlichen Zusammenhang mit jener Unterlassung steht. Denn wenn auch jene Protesterhebung erfolgt wäre, so hätten doch die Bezogenen, weil sie die Wechsel nicht acceptiert haben, zu deren Bezahlung nicht gezwungen werden können. Es ist daher nicht zu untersuchen, ob die nicht eingelösten Wechsel gemäß der gesetzlichen Vorschrift protestiert worden sind.

Da sodann weiter feststeht, daß die nunmehrige Forderung der Klägerin aus jenen Wechseln auf 4199 M. 93 Pf. nebst 6 % Zinsen hieraus vom 15. August 1889 an zu berechnen ist, so erscheint der Anspruch der Klägerin auf Bezahlung dieses Betrags als begründet.

Urteil des II. Senats des Oberlandesgerichts vom 31. Okt. 1889 in Sachen Gewerbebank G. gegen S., Forderung aus einem Garantieversprechen betr.

Die gegen vorstehendes Urteil eingelegte Revision wurde von dem Reichsgericht durch Urteil vom 20. März 1890 zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

Nach Annahme des Berufungsrichters stellt sich die von dem Beklagten laut der Urkunde vom 10. Juli 1877 übernommene Verpflichtung als ein Garantieversprechen für den Eingang der in Rede stehenden Wechsel dar. Daß ein solches Versprechen rechtlich wirksam gegeben werden konnte, läßt sich nicht bezweifeln, wird auch von der Revision nicht bezweifelt. Ohne Grund wird Verletzung des § 259 der Civilpreßordnung und des Grundsatzes, „daß Bürgschaften einschränkend auszulegen" seien, gerügt. Die Auslegungsregel, wonach bei einseitigen Verpflichtungen eher der kleinere als der größere Umfang der Verpflichtung angenommen werden soll, kommt nur dann zur Anwendung, wenn sich die Willensmeinung der Vertragsschließenden nicht anderweitig ermitteln läßt. Nun stellt aber der Berufungsrichter, und zwar mit eingehender Begründung, positiv fest, was die Willensmeinung der Vertragsschließenden gewesen sei; daß der Wortlaut der Vertragsurkunde die Auslegung, die ihm gegeben wird, nicht zulasse, kann mit Grund nicht geltend gemacht werden.

Inwiefern „die Thatsachen nicht in ihrem Zusammenhang gewürdigt" sein sollen, ist nicht ersichtlich und der Beweisantritt ist ohne Gesetzesverletzung als unerheblich abgelehnt.

Wenn sodann der Berufungsrichter erwägt, es könne seiner Auffassung des Sinns der Vertragsurkunde nicht entgegengehalten werden, daß von der Klägerin dieselbe in anderer Weise ausgelegt werde, so kann auch hierin eine Gesetzesverletzung nicht gefunden werden. Die Klägerin hatte gegen die Annahme, daß Beklagter sich für die künftige Schuld der Trassaten verbürgt habe, geltend gemacht, Beklagter habe sich für eine Schuld des Z. verbürgt und als solche die aus der Wechselbegebung sich ergebende Regreßschuld des Z. bezeichnet. Wenn nun der Berufungsrichter annimmt, die von dem Beklagten übernommene Verpflichtung stelle sich als Garantieversprechen für den Eingang der von Z. begebenen Wechsel

bar, so ist hierin nur eine von der Klägerin abweichende Schlußfolgerung aus dem der Klage zu Grund liegenden thatsächlichen Vorbringen zu finden. Der Entscheidung des Reichsgerichts vom 21. September 1889 V. 121/1889, auf welche die Revision Bezug nimmt, lag ein von dem gegenwärtigen durchaus verschiedener Fall zu Grund.

36.

Gültigkeit des von dem Gehilfen eines auswärtigen Gerichtsnotars im Fall der Verhinderung des letztern aufgenommenen Wechselprotestes.

Aus den Gründen:

Die Formgültigkeit des über die beiden fraglichen Wechsel aufgenommenen Protests wird darum in Abrede gezogen, weil derselbe von dem Gehilfen eines auswärtigen Gerichtsnotars und nicht, wie der Art. 9 des E.G. zur W.O. vom 6. Mai 1849 vorschreibe, durch den Bezirksnotar erhoben worden sei. Allein durch diese Gesetzesbestimmung sollte, wie auch das vormalige Obertribunal in einer durch Erlaß des Justizministeriums vom 19. März 1868 gebilligten gutächtlichen Aeußerung vom 5. dess. Mts. ausgesprochen hat [1]), an den Vorschriften des Notariatsgesetzes über die Ermächtigung der Notariatsbeamten zur Aufnahme von Wechselprotesten nichts geändert werden. Die Bestimmung des Art. 28 des letzteren Gesetzes aber, wonach dem Notar, auch wenn er einen geprüften Gehilfen hat, zur Pflicht gemacht ist, die wichtigeren Geschäfte selbst zu besorgen, und wonach die Notare die Arbeiten ihrer Gehilfen stets durch ihre Unterschrift zu beurkunden haben, bezieht sich, wie aus dem Inhalt des genannten Artikels hervorgeht und von den gesetzgebenden Faktoren ausgesprochen worden ist, nur auf die amtlichen Notariatsgeschäfte, welche die Notare um ihre Besoldung vornehmen müssen [2]). Zu diesen amtlichen Geschäften

1) Boscher's Zeitschr. V, 175 f.

2) Kappler, Not.-Ges 2. A. S. 221.

gehört aber nach Art. 9 des Not.-Ges., vergl. mit § 12 Abs. 2 lit. d) der Not.-Ordnung vom 25. Okt. 1808 und § 7 Z. 6 der Not.-Vollz.-V.O. die Erhebung von Wechselprotesten nicht. Es hat daher das Justizministerium in Uebereinstimmung mit obiger gutächtlichen Aeußerung des vormaligen Obertribunals in dem erwähnten Erlaß ausgesprochen, daß die Aufnahme von Protesten im Fall der Verhinderung des Notars ausnahmsweise auch einem zu selbständiger Bearbeitung von Geschäften ermächtigten geprüften Notariatsgehilfen übertragen werden dürfe [1]).

Die Wahl des Notars ist aber bei nichtamtlichen Geschäften nach Art. 10 des Not.-Ges. dem persönlichen Vertrauen der Beteiligten überlassen. Es kann daher auch ein außerhalb des Bezirks, in welchem der Protest zu erheben ist, wohnender Notar, bezw. im Fall der Verhinderung desselben, dessen Gehilfe den Protest aufnehmen.

Die beiden Wechselproteste, welche der als selbständiger Gehilfe des Gerichtsnotars in H. bestellte und verpflichtete Gehilfe, Notariats-Assistent W., aufgenommen hat, sind daher gültig, und es ist die aus der angeblich ungesetzlichen Form jener Proteste abgeleitete Einwendung zu verwerfen.

Urteil des Oberlandesgerichts II. Sen. vom 9. Juni 1890 in Sachen S. und Gen. gegen K.

37.

Legitimation des Wechselinhabers als Wechselgläubigers, wenn der Aussteller und Indossant seinen Namen auf den Wechsel erst nach der Unterzeichnung desselben durch den Indossatar und Vormann des Wechselinhabers gesetzt hat. Absicht dieses Vormanns, sich gegenüber seinem Nachmann wechselmäßig zu verpflichten.

Baptist L. zog auf den Rosenwirt Christoph S. in W. zwei von diesem angenommene Wechsel, welche auf der Rück-

1) Boscher a. a. O. S. 175.

seite mit den Namensunterschriften des Ausstellers, des Mitbeklagten Wilhelm S. und des Klägers versehen worden sind. Unbestritten ist, daß Wilhelm S. seinen Namen auf die Rückseite der Wechsel gesetzt hat, ehe der Aussteller dieselben als solcher und als Indossant unterzeichnet hat. Da die Wechsel bei Verfall von dem Acceptanten Christof S. nicht bezahlt wurden, erhob der Kläger als Wechselinhaber Wechselklage gegen den letztern und gegen Wilhelm S. als seinen Vormann. Dieser Klage wurde die Einwendung entgegengesetzt, daß der Kläger beim Erwerb der Wechsel gewußt habe, daß der Aussteller seinen Namen auf dieselben gesetzt habe, erst nachdem solche von Wilhelm S. mit seiner Unterschrift versehen gewesen seien und daß letzterer hiebei beabsichtigt habe, sich für den Bezogenen zu verbürgen, somit daß Wilhelm S. nicht indossieren wolle, weshalb der Kläger keinen Anspruch aus den Wechseln, jedenfalls nicht gegenüber Wilhelm S., ableiten könne. Die Einwendung wurde von dem Oberlandesgericht verworfen aus folgenden Gründen:

1. Da die eingeklagten von Baptist L. an seine Ordre gezogenen Wechsel mit den Blankoindossamenten des Ausstellers, des Mitbeklagten Wilhelm S. und des Klägers versehen sind, so ist der letztere als Inhaber dieser Wechsel auf Grund jedes der 3 Blankoindossamente zur Wechselklage legitimiert. Denn die Rechte aus einem mit einem Blankoindossament versehenen Wechsel werden durch die einfache Uebergabe desselben übertragen, und es kann die Legitimation des Inhabers eines solchen Wechsels als Wechselgläubigers nur durch den Nachweis entkräftet werden, daß der Inhaber auf unrechtmäßige Weise in den Besitz des Wechsels gekommen sei. Der Mitbeklagte Wilhelm S. hat nun zwar seine Unterschrift auf die Rückseite der Wechsel gesetzt, ehe der Aussteller dieselben als solcher oder als Blankoindossant unterzeichnet hat, und es will jener Mitbeklagte die Wechsel in der Absicht, sich für den Bezogenen zu verbürgen, unterschrieben haben. Allein wenn auch der Kläger solches bei der Erwerbung der Wechsel gewußt haben sollte, so war er, da beklagtischerseits nicht behauptet wird, daß die

Wechsel wider den Willen des Wilhelm S. aus dessen Besitz gekommen seien, berechtigt, dieselben auf Grund eines der Blankoindossamente zu erwerben. Insbesondere war solches auch auf Grund des eigenen Blankoindossaments des Klägers möglich, sofern dieser etwa durch dasselbe die Wechsel weiter begeben haben sollte. Andernfalls aber wäre anzunehmen, daß der Kläger den durch sein Blankoindossament bethätigten Willen, die Wechsel weiter zu begeben, wieder aufgegeben habe [1]).

Die Legitimation des Klägers als Wechselgläubigers wird daher von den Beklagten ohne Grund beanstandet.

2. Daraus, daß der Mitbeklagte Wilhelm S. sich auf der Rückseite der beiden Wechsel unterzeichnet hat, ehe der Aussteller seinen Namen auf dieselben gesetzt hat, kann sodann jener Beklagte nicht die Einwendung gegen den Regreßanspruch des Klägers ableiten, daß, weil er vor der Uebertragung der Rechte aus den Wechseln durch den Aussteller solche nicht durch seine Unterschrift habe übertragen können, er nicht die Absicht gehabt habe, letzteres zu thun und in Ermanglung eines Begebungsvertrags mit seinem Nachmann sich auch nicht diesem gegenüber wechselmäßig habe verpflichten wollen, daher sein Indossament unverbindlich sei [2]). Denn da die W.O. nicht bestimmt, in welcher Reihenfolge die einzelnen Unterschriften auf den Wechsel zu setzen sind, und da sonst die Rechtssicherheit im Wechselverkehr erheblich gefährdet würde, wird von der in Theorie und Praxis herrschenden Ansicht angenommen, daß derjenige, welcher seine Unterschrift auf ein ganz oder teilweise unausgefülltes Wechselformular (s. g. Wechselblankett) setzt, auf Grund derselben wechselmäßig in Anspruch genommen werden kann, sobald nur zu der Zeit, zu welcher solches geschieht, der Wechsel den zur Begründung der Wechselverbindlichkeit erforderlichen Inhalt hat. Hiebei geht man von der Erwägung aus, daß derjenige, welcher ein mit seiner Unterschrift versehenes, nicht ausgefülltes Wechselformular hingibt,

1) Seuffert's Arch. XXXVIII N. 250, XLI N. 49.

2) Zu vergl. Entsch. des R.O.H.G. XIX, 49; Entsch. des R.G. V, 83; Seuffert's Arch. XXXVI N. 72.

dem Nehmer das Recht einräumt, einen die gesetzlichen Erfordernisse enthaltenden Wechsel herzustellen, und daß ihm gegenüber dem auf Grund eines solchen Wechsels Klage Erhebenden nur die Einwendung zusteht, daß der Kläger den Wechsel in vertragswidriger Weise ausgefüllt oder sich bei einer solchen Ausfüllung beteiligt oder wenigstens von derselben bei der Erwerbung des Wechsels Kenntnis gehabt habe [1]). Der Mitbeklagte Wilhelm S. hat daher dadurch, daß er die mit seiner Unterschrift versehenen nicht ausgefüllten Wechselurkunden hingegeben hat, dem Nehmer derselben, d. h. hier zunächst dem Aussteller das Recht eingeräumt, den Inhalt jener Urkunden durch Beisetzung seiner Unterschrift als Aussteller und Indossant zu vervollständigen und die Wechsel auf Grund seines Indossaments und des Indossaments des genannten Mitbeklagten zu begeben. Es fehlt somit nicht an dem durch die Unterschrift des letztern bethätigten Willen, die Wechsel zu begeben, und an der durch Vermittlung des Ausstellers erfolgten Begebung der Wechsel seitens des Wilhelm S. Jener Wille und damit die Wirkung einer auf Grund der Unterschrift des letztern vorgenommenen Begebung hätte nur dann ausgeschlossen werden können, wenn Wilhelm S. seiner Unterschrift einen die Begebung verbietenden Vermerk auf den Wechseln beigefügt hätte. Da letzteres nicht geschehen ist, so erscheint es auch unerheblich, ob der Beklagte Wilhelm S. seine Unterschrift in der von ihm bezeichneten Absicht auf den Wechsel gesetzt hat. Daß aber, nachdem dies geschehen ist, die Wechsel etwa in vertragswidriger Weise ausgefüllt worden seien, hat jener Beklagte nicht behauptet.

Hienach ist die Regreßklage gegen den letzteren begründet.

Urteil des Oberlandesgerichts II. Sen. vom 9. Juni 1890 in Sachen S. und Gen. gegen K.

---

1) Borchardt, W.O. 8. A. S. 362 ff.; Hartmann, Wechselrecht § 32 S. 103; Lehmann, Lehrb. des Wechsel-R. § 108; württ. Arch. III, 421; Entsch. des R.O.H.G VI, 46; Seuffert's Arch. XXXVIII N. 158; Entsch. des R.G. II, 90, 100, VIII, 57, XI, 8, XIV, 24.

38.

Der § 33 C.P.O. setzt den Zusammenhang des widerklagend erhobenen Gegenanspruchs mit einem statthaften Verteidigungsmittel gegen die Klage voraus.

Die Beklagten haben als frühere Agenten der Klägerin von einem Kunden der letztern eine derselben geschuldete Geldsumme eingenommen, auf deren Herausgabe Klage erhoben wurde. Von dem Beklagten wurden auf Grund des aufgelösten Agenturverhältnisses Gegenforderungen teils im Weg der Kompensationseinrede, teils widerklagend geltend gemacht. Das Oberlandesgericht verwarf auf Grund der Bestimmung der l. 14 § 7 c. 4, 31 die Kompensationseinrede als unstatthaft, weil die Beklagten sich den Besitz jener Geldsumme widerrechtlich verschafft haben [1]). Desgleichen wurde die Widerklage als prozessualisch unzulässig abgewiesen aus folgenden Gründen:

Nach § 33 der C.P.O. kann eine Widerklage nur erhoben werden, wenn der Gegenanspruch mit dem Klaganspruch oder mit den gegen denselben vorgebrachten Verteidigungsmitteln im Zusammenhang steht. Die (von einzelnen Kommentatoren verneinte) Frage, ob dieser Zusammenhang ein rechtlicher sei, d. h. ob der Klaganspruch, bezw. das Verteidigungsmittel und der Gegenanspruch ihre wesentliche Grundlage in denselben Thatsachen haben müssen, ist mit dem Reichsgericht [2]) zu bejahen auf Grund der Entstehungsgeschichte jener Gesetzesstelle, wonach ein Antrag auf Abänderung der ursprünglichen Fassung des Entwurfs: „wenn der Gegenanspruch auch als Einrede geltend gemacht werden kann oder mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch in rechtlichem Zusammenhang steht" in die jetzige Fassung, ohne Widerspruch zu erfahren, damit motiviert wurde, daß der Antrag dem Sinn des Entwurfs

1) Dieser Teil der Entscheidung wurde durch Urteil des Reichsgerichts, welches in dessen Entsch. XXII, 227 abgedruckt ist, aufgehoben.

2) Entsch. XI, 423.

entspreche und nur dessen Klarstellung bewirke. Daß ein solcher Zusammenhang mit dem Klaganspruch nicht besteht, ist im Hinblick auf die wesentliche Verschiedenheit der die beiderseitigen Rechte begründenden Thatsachen zweifellos. Daß mit dem Verteidigungsmittel der Kompensationseinrede ein rechtlicher Zusammenhang besteht, ist unerheblich, weil diese Einrede gar nicht statthaft war. Denn wenn das Gesetz einem Beklagten wegen begangenen Unrechts verbietet, gegen einen auf Ausgleichung dieses Unrechts gerichteten Anspruch sich der Aufrechnung überhaupt zu bedienen, so würde es dem Grund und Zweck dieses Verbots nicht entsprechen, einem Beklagten, welcher durch Vorschützen einer unstatthaften Einrede der Aufrechnung den Kläger zum Rechtsstreit nötigt, dieses Verteidigungsmittel in Form einer Widerklage zu gestatten. Nun scheint zwar nach dem bloßen Wortlaut des § 33 ein Zusammenhang mit jedem Verteidigungsmittel zu genügen, wofern es nur „vorgebracht" ist; allein, nachdem einmal der Gesetzgeber der Zulassung einer Widerklage durch das Erfordernis eines rechtlichen Zusammenhangs überhaupt eine bestimmte Schranke gezogen hat, kann es nicht wohl seinem Willen entsprochen haben, eine Beseitigung dieser Schranke dadurch in das Belieben eines Beklagten zu stellen, daß dieser ein, wenn auch noch so unstatthaftes oder widersinniges, Verteidigungsmittel nur zu dem Zweck vorbringt, um sich den Weg zu einer Widerklage zu öffnen. Daß dies aber in der That nicht der Wille des Gesetzgebers war, ergibt die schon angeführte Entstehungsgeschichte des § 33, aus welcher für die Auslegung des Begriffs der „vorgebrachten Verteidigungsmittel" mindestens so viel zu entnehmen ist, daß die betreffende Einrede auch wirklich ein Mittel zur Verteidigung, also an sich zur Verteidigung gegen den konkreten Klaganspruch geeignet sein muß.

Urteil des Oberlandesgerichts II. Sen. vom 12. Juli 1888 in Sachen K. und H. gegen W. und K.

39.

Berechnung der Anwaltsgebühren im Fall der Anordnung der Verhandlung mehrerer in einer Klage erhobener Ansprüche in getrennten Prozessen gemäß § 136 Abs. 1 C.P.O. (R.A.G.O. § 10, G.K.G. § 11)[1].

Die Gewerbebank U. erhob in einer Klage mehrere Ansprüche gegen verschiedene Beklagte, darunter auch gegen Heinrich G. Das Landgericht beschloß, die Ansprüche, insbesondere auch den gegen den letztern Beklagten, gemäß § 136 Abs. 1 C.P.O. in getrenntem Prozeß zu verhandeln. Nachdem die Klägerin in dem Prozeß gegen Heinrich G. mit ihrer Klage unter Verfällung in die Kosten rechtskräftig abgewiesen worden war, reichte der Anwalt des G., welcher auch die übrigen Beklagten vertreten hatte, bei dem Landgericht ein Gesuch um Festsetzung der Kosten in jenem Prozeß ein, in welchem er unter anderem die Prozeß- und Verhandlungsgebühr aus dem Wert des Streitgegenstandes in dem gegen G. verhandelten Prozeß berechnete. Diese Gebühren wurden auch von dem Landgericht festgesetzt. Die hiegegen erhobene Beschwerde wurde in Erwägung,

1. „daß der von der Klägerin mit anderen Ansprüchen in einer Klage erhobene Anspruch gegen Heinrich G. zufolge Anordnung des Landgerichts in getrenntem Prozeß verhandelt worden ist,

2. daß daher der Anwalt des Beklagten Heinrich G. gemäß § 10 R.A.G.O. und § 11 G.K.G., vergl. mit den Motiven zu letzterem[2]), befugt war, seine Gebühren[3]) aus dem

1) Zu vergl. Pfafferoth, G.O. für R.A. S. 36, 37, Willenbücher, Kostenfestsetzungsverf. 2. A. S. 64, Walter, R.A.G.O. 2. A. S. 123, 124, Freydeck, G.K.G. S. 40, von welch' letzterem eine bezügliche Entsch. des R.G. vom 11. Juni 1884 citiert wird.

2) Die Motive besagen, daß die Anordnung der Verhandlung in getrennten Prozessen (C.P.O. §§ 136, 274) sowohl für die in einer Klage vereinigten mehreren Ansprüche, als auch für die mittels Einrede geltend gemachten Gegenforderungen und für alle Fälle der Widerklage die abgesonderte Berechnung der Gegenstände ohne Zusammenrechnung zur natürlichen Folge habe.

3) Zwar hat die Anordnung der Trennung gemäß § 136 C.P.O.

Wert des Streitgegenstandes in dem Prozeß über jenen Anspruch getrennt zu berechnen,

3. daß hienach der Beklagte Heinrich G. auf Grund des rechtskräftigen in dem Prozeß der Klägerin gegen ihn ergangenen, dieselbe zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits verpflichtenden Urteils des Landgerichts von der Klägerin Erstattung der bei einem Streitwert von 992 M. 85 Pf. sich auf je 28 M. belaufenden Prozeß- und Verhandlungsgebühr seines Anwalts verlangen kann",

von dem Oberlandesgericht zurückgewiesen.

Beschluß des II. Senats des Oberlandesgerichts vom 29. Mai 1890 in Sachen Gewerbebank U. gegen Heinrich G.

40.

Legitimatio per subsequens matrimonium bei einer Putativ-Ehe.

Wendelin Gr. hat in seinem Testament die vier Kinder seiner vorverstorbenen Schwester und, falls eines derselben vor

---

keine rückwirkende Kraft (Entsch. des R.G. V, 355, VI, 417), und es hat das R.G. schon mehrfach den Grundsatz ausgesprochen, daß die Prozeßgebühr nach dem Streitwert zur Zeit des vorbereitenden Verfahrens zu berechnen sei, übrigens nur in dem Sinn, daß eine spätere Verringerung des Streitwerts keinen Einfluß auf die Berechnung der Prozeßgebühr habe (Entsch. des R.G. XVII, 374, Walter a. a. O. S. 194 ff.). Allein hieraus folgt beispielsweise nicht, daß, wenn der Streitgegenstand sich später erhöht, die Prozeßgebühr nur nach dem früheren zur Zeit des vorbereitenden Verfahrens bestehenden Streitwert zu berechnen sei. Wenn daher Walter a. a. O. S. 124 und Willenbücher a. a. O. S. 64 annehmen, daß, weil die Anordnung der Trennung keine rückwirkende Kraft habe, die Prozeßgebühr von dem Gesamtwert der ungetrennten Prozesse zu berechnen sei, so kann dieser Ansicht nicht beigepflichtet werden. Denn die Prozeßgebühr bildet die Belohnung des Anwalts für den Geschäftsbetrieb einschließlich der Information und umfaßt daher die gesamte Thätigkeit des Anwalts bis zum Schluß der Instanz außerhalb der mündlichen Verhandlung, somit auch die von demselben nach der Anordnung der Trennung der Prozesse entwickelte Thätigkeit.

ihm sterben sollte, dessen Deszendenten zu seinen Erben berufen. Die Klägerin behauptet, als Tochter eines Sohnes jener Schwester, des Josef Gr., erbberechtigt zu sein. Die Beklagten haben derselben ihre Erbberechtigung bestritten, weil die Klägerin, von der Ehefrau des Josef Gr. vorehelich geboren, nicht von diesem erzeugt sei, somit auch durch die nachfolgende Ehe nicht habe legitimiert werden können, überdies diese Ehe nichtig sei. Der Beweis, daß die Klägerin von Josef Gr. erzeugt sei, wurde auf Grund eines Anerkenntnisses desselben und weiterer Anzeichen als erbracht angesehen, und hinsichtlich der Legitimation der Klägerin durch nachfolgende Ehe bemerkt:

Steht hienach fest, daß Klägerin als von Josef Gr. erzeugt zu betrachten ist, so fragt sich noch, ob dieselbe als „Deszendentin" desselben im Sinn des Testaments des Wendelin Gr. zu gelten hat.

In dieser Richtung ist erforderlich, aber auch genügend, daß Klägerin durch nachfolgende Ehe ihres Vaters legitimiert wurde. Denn nach dem württemb. Landrecht Th. IV tit. 17 § 1 sollen „solche vermittelst nachfolgender Vermählung legitimierte Kinder den andern in wehrendem Ehestand gezeugten Kindern in allen, sowohl der Eltern, Geschwistrigten und anderer Blutsverwandten Vererbungen — gleich gehalten werden." Daß im Gegensatz zu dieser gesetzlichen Bestimmung im Testament des W. Gr. unter den „Deszendenten" nur die während der Ehe erzeugten Kinder verstanden sein sollten, dafür liegt kein Anhaltspunkt vor.

Ob nun Josef Gr. zur Zeit seiner Eheschließung noch württembergischer Staatsangehöriger, seine im Ausland ohne landesherrliche Genehmigung geschlossene Ehe daher nichtig war, kann dahin gestellt bleiben. Denn diesfalls müßte seine Ehe als Putativehe gelten.

Die Frage, ob die Ehe der Eltern der Klägerin im Fall ihrer Nichtigkeit nicht wenigstens als Putativehe und Klägerin als durch solche legitimiert zu gelten hätte, ist nach württembergischem Recht zu beurteilen, weil nur vom Boden dieses

Rechts aus die Frage nach der Gültigkeit dieser Ehe überhaupt aufgeworfen werden kann.

Es darf nun unbedenklich unterstellt werden, daß die Mutter der Klägerin, eine Fabrikarbeiterin aus Mülhausen im Elsaß, von dem württembergischen Ehenichtigkeitsgrund der mangelnden landesherrlichen Genehmigung keine Kenntnis hatte, und daß dieser Irrtum, obwohl ein Rechtsirrtum, ein entschuldbarer war, sofern er einer Ungebildeten (rustica), einer Frau in Ermanglung zugänglicher Rechtsbelehrung, zur Last fiel. Hat sich aber auch nur eines der Ehegatten in gutem Glauben an die Gültigkeit der Ehe befunden, so sind die Erfordernisse der Annahme einer Putativehe gegeben.

Wie nun bei der Legitimation durch nachfolgende (gültige) Ehe mittels einer Fiktion vor der Ehe geborene Kinder den in der Ehe erzeugten oder geborenen gleichgeachtet werden, so ist auch ein vor Abschluß einer Putativehe geborenes Kind den in einer solchen geborenen gleichzustellen [1]); soweit also letztere die rechtliche Stellung ehelicher Kinder haben, ist dieselbe auch den ersteren zuzuerkennen. Daß aber ein in einer Putativehe geborenes Kind auch den Verwandten der Eltern gegenüber wie ein eheliches Kind zu behandeln ist, unterliegt keinem Zweifel [2]).

Es ist daher auch Klägerin den Verwandten ihres Vaters gegenüber in gleicher Weise berechtigt, wie dies ein eheliches Kind desselben wäre.

Urteil des I. Senats des Oberlandesgerichts vom 10. Juli 1888 in Sachen des Zimmermanns Paul Schl. in Calw und Gen. gegen die ledige Fabrikarbeiterin Marie Gr. in Mülhausen in Elsaß.

---

1) Vergl. § 1581 des Entw. des B.G.B. und die Motive hiezu B. IV S. 228.

2) Vergl. Motive zu § 1562 des Entw. des B.G.B. B. IV S. 843.

41.

Anspruch aus unehelichen Beischlaf auf Ausstattung.

Die 22 Jahre alte Klägerin, Tochter des Bauern H. von B., hat mit dem Beklagten, welcher sich inzwischen anderweitig verheiratet und in seine Ehe ein Vermögen von circa 8000 M. gebracht hat, seit Frühjahr 1883 ein Liebesverhältnis unterhalten, in dessen Verlauf es wiederholt zum geschlechtlichen Umgang zwischen beiden gekommen und Klägerin von einem alsbald wieder verstorbenen Kinde entbunden worden ist. Klägerin verlangte für das Kränzchen 500 M. Die thatsächliche Grundlage dieses Anspruchs wurde nicht bestritten. Der erste Richter hat auf den Betrag von 350 M. erkannt und die hiegegen erhobene Berufung wurde zurückgewiesen.

Gründe.

Einer geschwächten unbescholtenen Jungfrau steht nach unserem Rechte [1]) in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte, insbesondere der aus dem kanonischen Recht abgeleiteten Befugnis, auf Ehelichung oder auf Ausstattung zu klagen, das Recht zu, vom Verführer zu verlangen, daß er ihr durch Gewährung einer Ausstattung die Eingehung einer anderen Ehe ermögliche, falls er nicht, was im vorliegenden Falle ausgeschlossen ist, deren Ehelichung vorzieht. Das sog. Kränzchen, welches die Geschwächte anzusprechen hat, erscheint sonach als eine Ausstattung, welche dem Verführer deshalb obliegt, weil er der Geschwächten die Eingehung einer anderen Ehe erschwert hat, und weil durch die Gewährung dieser Ausstattung die Aussicht auf Verehelichung wieder gesteigert wird, somit als eine Entschädigung und nicht als eine Privatstrafe für die verübte Verführung, welch' letzterenfalls der Anspruch auf das Kränzchen infolge der Einführung des Reichsstrafgesetzbuchs aufgehoben wäre [2]). Für die Bemessung der Größe der Ab-

1) Generalreskript vom 21. März 1586. Ehegerichts-O. II tit. 7 § 1 und Gesetz vom 25. Sept. 1839 A. 28.

2) § 2 des Einführungsges. z. Reichsstraf-G.B. Mandry, civilr. Inh. Aufl. 3. S. 224 ff. Ferner Entsch. des Reichs-G. B. 18 S. 218.

findungssumme ist daher im vorliegenden Falle nicht erheblich, ob Beklagter der Klägerin vor der Schwächung die Ehe versprochen und erklärt hat, sein Vater wisse von dem Verhältnis mit der Klägerin, der habe nichts dagegen u. s. w., und ob die Klägerin unter obwaltenden Umständen genügenden Grund, auf Verehelichung mit dem Beklagten zu rechnen, gehabt hat. Denn da ein rechtsgültiges Verlöbnis nicht in Frage steht, wären diese Umstände nur dann von Bedeutung, falls der Anspruch auf das Kränzchen eine Privatstrafe bilden, und es deshalb auf die Größe des dem Verführer zur Last fallenden Verschuldens ankommen würde.

Vertritt vielmehr das sog. Kränzchen eine Ausstattung, so hängt dessen Größe im allgemeinen davon ab, welche Ausstattung der Geschwächten nach ihren Verhältnissen zukommt, also insbesondere von den Standesverhältnissen derselben und ihrer Eltern, wogegen die Vermögensverhältnisse des Verführers nicht entscheidend in Betracht kommen [1]).

Des weiteren wird ausgeführt, daß der vom vorigen Richter zuerkannte Betrag von 350 M. nach den vorliegenden Verhältnissen nicht als zu hoch erscheine, da es sich um die Tochter angesehener und vermöglicher Bauersleute handle, und sodann fortgefahren: Auch kann sich Beklagter für Herabminderung der von der Klägerin verlangten Abfindungssumme nicht auf eine Praxis der Gerichte berufen, weil, wenngleich vielfach geringere Beträge verlangt und zuerkannt worden sind, doch aus einer Reihe auf höhere Beträge lautender Urteile [2]) zur Genüge hervorgeht, daß diese Praxis weder eine allgemeine, noch konstante ist.

Urteil des I. Senats des Oberlandesgerichts vom 7. Dez. 1888 in Sachen des Bauern Hieronymus A. v. H. gegen die Marianne H. v. B.

---

1) **Wächter**, Erl. z. Ges. über die privatr. Folgen S. 64, S. 68. **Lang**, Personenrecht 2. Aufl. S. 554 f.

4) Vergl. **Hufnagel**, Mitt. I S. 174. **Lang**, Pers.-Recht S. 556 Anm. 1 lit. h.

42.

Der Ehefrau steht eine Klage nach § 690 C.P.O. nur wegen ihres Sonderguts, nicht wegen ihrer Errungenschaftshälfte zu [1]).

Ein Gläubiger ließ für seine Forderung eine Reihe von in dem Gewahrsam des Ehemanns befindlichen Fahrnisgegenständen pfänden. Die Ehefrau erhob Klage nach § 690 C.P.O., indem sie geltend machte, jene Gegenstände stehen in ihrem Alleineigentum, eventuell gehören sie zur Errungenschaft und somit ihr zur Hälfte. Die Klage wurde abgewiesen. Zunächst wurde als erwiesen angenommen, daß jene Fahrnis zur Errungenschaft gehöre, und dann bemerkt:

Steht daher fest, daß die gepfändeten Objekte, soweit sie noch im Streit sind, nicht zum Sondergut der Frau, sondern zum Errungenschafts-Vermögen gehörten, so kann der Klägerin hieran ein die Veräußerung hinderndes Recht überhaupt nicht zugestanden werden. Denn nach den Grundsätzen der Errungenschaftsgesellschaft ist der Ehemann der alleinige Vertreter der ehelichen Gesellschaft und unbeschränkter Verwalter des gemeinschaftlichen Vermögens; und er ist als solcher nicht bloß berechtigt, sondern auch verpflichtet, das gemeinschaftliche Vermögen zur Deckung der ehelichen Lasten und Sozialschulden zu verwenden. Unterläßt er dies und führt er hiedurch die Folge herbei, daß nunmehr an seiner Stelle der Gerichtsvollzieher im Weg der Zwangsvollstreckung dasjenige vornimmt, was er, der schuldnerische Ehemann, freiwillig zu thun verpflichtet wäre, so kann ein Widerspruch hiegegen weder von Seite des Ehemanns, noch auch von Seite der Frau, die vermöge des bestehenden Güterrechts ihren Anteil am gemeinschaftlichen Vermögen dem Zugriff der Sozialgläubiger zu überlassen hat, beachtet werden.

Demgemäß erscheint der auf § 690 C.P.O. gegründete Anspruch auf Entlassung der fraglichen Objekte aus der Zwangs-

[1]) S. hiezu Württ. Jahrb. I. S. 237 u. die daselbst cit. Litteratur. Ferner Mot. z. Familienrecht im Entw. eines bürg. Gesetzbuchs S. 400. 408.

vollstreckung und der damit kumulierte Anspruch auf Anerkennung des Alleineigentums der Klägerin als unbegründet. Eben wegen der vorerwähnten Stellung des Ehemanns in Bezug auf das eheliche Vermögen kann aber ein Widerspruchsrecht der Ehefrau auch nicht auf ihr Anteilsrecht an dem ehelichen Vermögen gegründet werden.

Urteil des II. Senats des Oberlandesgerichts vom 8. März 1888 in Sachen des Müllers Anton Sch. in Weingarten gegen Friederike W. von da.

43.

Möglichkeit einer einer Gemeinde im Interesse der Einwohner zustehenden Dienstbarkeit.
Rechtsausübungsabsicht. Aus der Belassung eines gewissen Zustands folgt noch nicht die Anerkennung der Verpflichtung hiezu.

Den Einwohnern der Stadt Mergentheim und den in der Stadt logierenden Kurgästen steht das Recht zu, an der in Mergentheim befindlichen den Beklagten gehörenden Mineralquelle trinken und Wasser in kleineren Mengen holen zu dürfen. Während dies seither an der gleichen Stelle geschah, an welcher den in dem Bade zu Mergentheim wohnenden Kurgästen das Mineralwasser verabreicht wurde, haben die nunmehrigen Besitzer des Bades zwei Trinkhallen eingerichtet: eine, an welcher die in dem Bade wohnenden Kurgäste, eine andere, an welcher die Einwohner und die in der Stadt logierenden Kurgäste trinken sollten. Die Stadt Mergentheim klagte nun auf Anerkennung des den Einwohnern und den bezeichneten Kurgästen zustehenden Rechts, sowie darauf, daß die Beklagten als Eigentümer des Mineralbades zu gestatten schuldig seien, daß die Einwohner von Mergentheim, sowie die in der Stadt logierenden Kurgäste das zum Trinken für ihr eigenes Bedürfnis erforderliche Mineralwasser unentgeltlich an der gleichen Quelle (Stelle), wie die im Bade wohnenden Kurgäste, d. h. an demselben Ausfluß der Mineralquelle, an welchem diese

das Mineralwasser jeweilig trinken, beziehungsweise an welchem diesen dasselbe verabreicht wird, Morgens zwischen 5 und 8 Uhr trinken; eventuell wenigstens insolange, bis die Badeverwaltung eine andere Einrichtung mit einem die Gesundheit nicht gefährdenden Zugang eröffnet haben werde. Der Stadt Mergentheim wurde das Recht im allgemeinen zugesprochen, dieselbe dagegen mit ihrem Anspruch, daß die Einwohner von Mergentheim das Mineralwasser an derselben Stelle, wie die im Bade wohnenden Kurgäste, trinken und holen dürfen, abgewiesen.

Gründe.

I. Als im Jahr 1834 die Klägerin das von ihr errichtete Mineralbad in Mergentheim an den Fabrikanten Kuhn verkaufte, wurde dem Käufer anbedungen, daß die Mineralquelle in ihrem Zustande in möglichster Verbesserung beständig erhalten werden müsse, dem Käufer übrigens überlassen bleibe, wohin er sie leiten wolle, und ferner, daß die Einwohner von Mergentheim, sowie die dort sich aufhaltenden Fremden und diejenigen, welche an der Quelle das Wasser genießen wollen, von jeder Abgabe für dasselbe befreit seien. Daß bei dieser Verabredung die vertragschließenden Teile nicht bloß eine persönliche Verpflichtung des damaligen Käufers im Auge hatten, sondern die Bestellung einer Dienstbarkeit beabsichtigten, vermöge deren jeder Eigentümer des Mineralbades verpflichtet sein soll, die Mineralquelle als solche in möglichster Verbesserung zu erhalten und ferner Einheimischen und Fremden das Trinken aus der Quelle ohne Entgelt zu gestatten, liegt schon in der Natur der Sache, geht aber auch aus dem späteren Verhalten der Kontrahenten unzweifelhaft hervor. Denn nicht nur wurde, als Fabrikinhaber Kuhn am 24. Juli 1852 das Mineralbad weiter verkaufte, den damaligen Käufern ebendasselbe anbedungen, wobei nur die zweite der erwähnten Bestimmungen dahin ergänzt ward, es müsse den Einwohnern von Mergentheim, sowie den in der Stadt logierenden Kurgästen gestattet sein, wie bisher, das zum Trinken für ihr eigenes Bedürfnis erforderliche Wasser in kleineren Quantitäten unentgeltlich an

der Quelle abzuholen, ohne daß sie jedoch befugt wären, von diesem Rechte einen Mißbrauch zu machen u. s. w., sondern es wurde auch einige Jahre später der Eintrag im Servitutenbuche, worin die „Lasten" auf eben diese Weise beschrieben waren, von den ortsanwesenden Eigentümern des Mineralbades unterschriftlich anerkannt. Daß die Bestimmung des Kaufvertrags von 1852, insbesondere die ergänzende Bestimmung desselben, und der Eintrag im Servitutenbuche auch die Billigung des Gemeinderats von Mergentheim als des Vertreters der Gemeinde hatten, welcher ja jedenfalls bei dem gerichtlichen Erkenntnisse von dem Inhalte des Vertrages Kenntnis erhielt, muß als selbstverständlich unterstellt werden. Inhaberin der Servitut aber sollte die Gemeinde Mergentheim sein, wie eben daraus hervorgeht, daß sie es war, welche dem ersten Käufer jene zum Vorteile der Einwohner von Mergentheim und der daselbst sich aufhaltenden Fremden dienenden Bedingungen stellte. Daß zufolge der Entwicklung, welche die römische Servitutenlehre im deutschen Rechtsleben erfahren hat, die Gemeinde in dieser Weise Inhaberin einer zum Besten nicht bloß ihrer Angehörigen, sondern auch der in der Gemeinde verkehrenden Auswärtigen bestellten und nur mittelbar zum Vorteile der Gemeinde selbst dienenden Servitut sein kann, ist in der Rechtsprechung allgemein anerkannt [1]). Die Gemeinde ist daher auch legitimiert, auf Anerkennung einer solchen Servitut klagend aufzutreten.

II. Die Klägerin begnügt sich aber nicht damit — wozu die Beklagten ihre Verpflichtung anerkennen —, daß den Einwohnern von Mergentheim und den in der Stadt wohnenden Kurgästen verstattet wird, das Wasser unentgeltlich an der Mineralquelle zu holen und an der Quelle zu trinken, und daß ihnen zu diesem Zweck eine Einrichtung an der Quelle eröffnet wird, sondern sie verlangt, daß den Einwohnern von Mergentheim, sowie den in der Stadt logierenden Kurgästen gestattet werde, das zum Trinken für ihr eigenes Bedürfnis

1) Vergl. Württ. Gerichtsbl. V S. 280 f., VII S. 106 f. Entsch. des R.G. in Civils. XIV S. 214 f.

erforderliche Mineralwasser unentgeltlich an der gleichen Quelle (Stelle), wie die im Bade wohnenden Kurgäste d. h. an demselben Ausflusse der Mineralquelle, an welchem diese das Mineralwasser jeweilig trinken, beziehungsweise von welchem diesen dasselbe verabreicht wird, morgens zwischen 5 und 8 Uhr zu trinken. Die Klägerin bestreitet also, daß die Eigentümer des Mineralbades befugt seien, für die im Bade logierenden Kurgäste eine ausschließlich diesen dienende Trinkeinrichtung herzustellen, sie behauptet, daß die Beklagten verpflichtet seien, an jeder derartigen von ihnen für ihre Kurgäste hergestellten Trinkeinrichtung auch die Einwohner der Stadt und die in der Stadt wohnenden Kurgäste unentgeltlich Anteil nehmen zu lassen.

Auf den Wortlaut der Verträge kann sich die Klägerin zur Begründung dieses Anspruches nicht berufen. Sie will zwar die Bestimmung des Kaufvertrages, wonach der Käufer sich verpflichtet hat, die Mineralquelle in ihrem Zustande in möglichster Verbesserung beständig zu erhalten, hieherbeziehen und damit dem Vertrage die Auslegung geben, daß der Käufer sich verpflichtet habe, auch die dem Zwecke des Trinkens dienenden Einrichtungen in möglichster Verbesserung zu erhalten und den Einwohnern von Mergentheim, sowie den in der Stadt wohnenden Fremden die unentgeltliche Benützung dieser Einrichtungen zu gestatten. Allein es ist nicht zulässig, auf diese Art zwei in dem Vertrage gesonderte Bestimmungen unter einander zu mengen. Nach der einen verpflichtet sich der Käufer, die Mineralquelle in ihrem Zustande in möglichster Verbesserung beständig zu erhalten, d. h. er verpflichtet sich, die Quelle in der Art zu erhalten, daß sie als Mineralquelle benutzbar bleibt, und die diesem Zwecke dienenden Einrichtungen, nämlich die unter dem Boden befindliche Fassung der Quelle, die Leitung, mittelst deren das Wasser aus dem unterirdischen Schachte zu Tage tritt, und dergl. nicht bloß im Stande zu halten, sondern auch möglichst zu verbessern. Von Einrichtungen, welche dem Zwecke des Trinkens dienen, ist hier gar nicht die Rede. In dem anderen Absatze des

Vertrages, welcher davon handelt, daß Einheimischen und Fremden nicht verwehrt werden dürfe, Wasser zum Trinken an der Quelle zu holen, ist einer Verpflichtung des Käufers zur Herstellung von Einrichtungen, welche den genannten Personen es möglich machen, Wasser an der Quelle zu holen, mit ausdrücklichen Worten auch nicht gedacht, stillschweigend aber damit, daß es heißt, es müsse ihnen gestattet werden, wie bisher das zum Trinken erforderliche Wasser an der Quelle zu holen. Die Vertragsurkunde besagt also, es dürfe ihnen die Möglichkeit, das Wasser zum Trinken an der Quelle zu holen, nicht erschwert werden, eine Verbindlichkeit zur Verbesserung der betreffenden Einrichtungen ist dem Eigentümer der Quelle nicht auferlegt.

Die Klägerin behauptet, es habe nach der Absicht der Parteien die Garantie dafür, daß die Eigentümer der Quelle keine Einrichtung treffen, durch welche den Einwohnern der Stadt und den in der Stadt wohnenden Fremden der Genuß der Quelle erschwert oder vereitelt, das Recht der Klägerin also gefährdet würde, gerade darin liegen sollen, daß jene Personen alle diejenigen dem Zwecke des Trinkens dienenden Einrichtungen mitbenützen dürfen, welche die Beklagten zum Besten ihrer Kurgäste treffen. Es ist nicht zu leugnen, daß, wenn die vertragschließenden Teile vereinbart hätten, es solle letzteres der Fall sein, hiemit der Klägerin, beziehungsweise den Einwohnern der Stadt eine gewisse Garantie verschafft worden wäre, es mag also zugegeben werden, daß eine solche Vereinbarung für die Klägerin zweckmäßig gewesen wäre, allein damit ist noch keineswegs dargethan, daß eine solche Vereinbarung getroffen worden ist. Daraus, daß es für den einen Kontrahenten rätlich gewesen wäre, einem Vertrage eine gewisse Bestimmung beizufügen, kann nicht gefolgert werden, daß die Willensmeinung beider Kontrahenten auf eine solche gerichtet gewesen sei, dies um so weniger dann, wenn — was im vorliegenden Falle zutrifft — dieselbe zwar im Interesse des einen Kontrahenten gelegen wäre, ebenso aber gegen das Interesse des andern Kontrahenten verstoßen hätte.

Die Klägerin behauptet ferner, die Auslegung des Vertrages in dem Sinne, daß der jeweilige Eigentümer des Bades die Einwohner der Stadt und die in der Stadt wohnenden Fremden an sämtlichen für die Kurgäste hergestellten, dem Zwecke des Trinkens dienenden Einrichtungen gleich den Kurgästen, aber unentgeltlich teilnehmen zu lassen habe, sei von den Badeigentümern, insbesondere von den Beklagten, durch fortwährende Uebung anerkannt worden, und eventuell, es sei das Recht der Klägerin in dieser Weise durch Ersitzung begründet worden. Allein wenn auch die Einwohner von Mergentheim und die in der Stadt wohnenden Fremden mehr als 50 Jahre lang das Wasser zum Trinken an derselben Stelle holten, wie die im Bade wohnenden Kurgäste, so ist zu beachten, daß während dieser Zeit eine andere, das Abholen des Wassers an der Quelle ermöglichende Einrichtung nicht bestand, die Eigentümer der Quelle also thatsächlich nicht in der Lage waren, den Einwohnern der Stadt eine andere Einrichtung, als die von den Kurgästen benützte, zum Wasserholen anzuweisen. Nun sind aber die verschiedensten Gründe denkbar, welche die Badeigentümer bestimmen konnten, von einer baulichen Aenderung Umgang zu nehmen und den bisher bestandenen Zustand fortdauern zu lassen, z. B. Scheu vor den erwachsenden Kosten, Indolenz und dgl. Zu der Annahme, daß sie die Vornahme einer Aenderung darum unterließen, weil sie sich zu einer solchen nicht für berechtigt gehalten haben, liegt also kein zwingender Grund vor. Dies trifft insbesondere auch bezüglich des früheren Badeigentümers zu: Derselbe hat zwar angegeben, die Verpflichtung zur Wasserabgabe an Einheimische sei von ihm und seinen Teilhabern stets als eine Last empfunden worden, aber daraus kann nur gefolgert werden, daß er und seine Teilhaber sich zur Wasserabgabe an Einheimische überhaupt für verpflichtet hielten, nicht aber, daß sie sich für verpflichtet hielten, bezüglich der Art der Wasserabgabe keine Aenderung vorzunehmen.

Wenn andererseits die Einwohner von Mergentheim und die daselbst sich aufhaltenden Fremden in jener Zeit die zur

Ermöglichung des Trinkens an der Mineralquelle getroffenen Einrichtungen zusammen mit den im Bade wohnenden Kurgästen benützt haben, so war dies eben die einzige dem Trinken an der Quelle dienende Einrichtung, welche damals bestand. Es wurde ihnen allerdings niemals angesonnen, eine andere Einrichtung, als die den Kurgästen dienende, zu benützen, es konnte aber auch dieses Ansinnen nicht an sie gestellt werden, weil eine andere Einrichtung nicht bestand. Ebendeshalb konnten die Einwohner der Stadt und bezw. konnten die Vertreter der Stadtgemeinde ihrerseits nichts thun, was dem Eigentümer der Quelle gegenüber den Versuch enthalten hätte, ihn bezüglich der Wahl, ob er die ersteren fernerhin an den bisher bestandenen Einrichtungen teilnehmen lassen oder ihnen eine andere demselben Zwecke dienende Einrichtung zuweisen und sie von der für die Kurgäste bestimmten Einrichtung ausschließen wolle, zu beschränken. In jener Benützung der Quelle durch die Einwohner der Stadt und die in der Stadt wohnenden Fremden kann daher nicht die Ausübung des Rechtes, bezüglich der Benützung nicht anders behandelt zu werden, als die im Bade wohnenden Kurgäste, gefunden werden. Von einem Erwerbe dieses Rechtes durch Ersitzung kann sonach keine Rede sein.

III. Hat dem Ausgeführten zufolge die Klägerin kein Recht, zu verlangen, daß den Einwohnern der Stadt und den in der Stadt wohnenden Fremden schlechthin gestattet werde, alle die Einrichtungen unentgeltlich mitzubenützen, welche die Badeigentümer im Laufe der Zeit getroffen haben, um ihren Badegästen die Benützung der Quelle zum Trinken angenehmer zu machen, steht ferner nach den abgeschlossenen Verträgen das Recht der Beklagten außer Zweifel, Aenderungen an der Leitung der Quelle vorzunehmen, und ist endlich, wie gleichfalls ausgeführt worden ist, dem ersten Erwerber des Bades, sowie den spätern Eigentümern desselben die Verbindlichkeit auferlegt worden, den zum unentgeltlichen Abholen des Wassers an der Quelle berechtigten Personen diese Gelegenheit nicht zu erschweren, so bleibt die Frage übrig, ob die Beklagten, welche

diesen Personen die bisherige Trinkgelegenheit entzogen und sie an den neu hergestellten hintern Zugang zur Quelle verwiesen haben, dieselben hiemit in eine Lage versetzt haben, welche im wesentlichen ungünstiger war, als die zur Zeit des Vertragsabschlusses vom Jahre 1834 bestandene, ob jenen Personen diesem frühern Zustande gegenüber das Holen des Wassers an der Quelle zum Trinken wesentlich erschwert worden ist. Wäre diese Frage zu bejahen, so müßte dem eventuellen Antrage der Klägerin, welcher dahin geht, daß die Beklagte wenigstens insolange, als die Badverwaltung nicht eine andere Einrichtung mit einem die Gesundheit nicht gefährdenden Zugang eröffnet haben werde, verpflichtet sei, jenen Personen die unentgeltliche Benützung des für die Kurgäste bestimmten Zuganges zu gestatten, entsprochen werden. Denn ein dritter Zugang zur Quelle besteht nicht, die Beklagten aber sind ihrer Verpflichtung, den Einwohnern der Stadt und den in der Stadt wohnenden Fremden das Trinken an der Quelle möglich zu machen, nicht, wie der Unterrichter angenommen hat, schon dadurch nachgekommen, daß sie die Herstellung eines entsprechenden Zugangs *angeboten* haben, sondern nur dann, wenn ein solcher Zugang wirklich hergestellt *ist*. Nun behauptet allerdings die Klägerin, es biete der hintere Zugang zur Quelle gegenüber dem zur Zeit des Verkaufs bestandenen Zustand nicht eine Verbesserung, sondern eine Verschlechterung; allein sie hat nicht versucht, diese Behauptung thatsächlich näher zu belegen, sich vielmehr im wesentlichen nur darauf berufen, daß man, wie von den Zeugen bestätigt worden, mit dem früheren Zustande zufrieden gewesen, derselbe ein den damaligen Verhältnissen entsprechender gewesen sei, daß dagegen die jetzige Einrichtung sowohl, was den Zugang *zur* Quelle, als was das Holen des Wassers *an* der Quelle betreffe, ein gesundheitsgefährlicher sei. Die Aussagen jener Zeugen, welche nicht sowohl Wahrnehmungen, als Urteile enthalten, und Urteile über einen 40 bis 50 Jahre zurückliegenden Zustand, sind jedoch ohne Beweiswert. Von Beweiswert ist nur das Zeugnis des vormaligen Badmeisters B., welcher auf Grund

seiner Erinnerung eine genauere Beschreibung des früheren Zustandes ergibt. Erwägt man nun aber, daß nach diesen Aussagen das Wasser bis zum Jahre 1846 in dem Quellschacht des alten Brunnenhauses getrunken wurde, der Zugang zum Brunnenhause unbedeckt, daher bei Regenwetter feucht und schmutzig war und aus in das Erdreich gehauenen Stufen bestand, der Trinkende sodann in dem Schachte, welcher jeden Morgen ausgepumpt werden mußte, da das Wasser die Stufen des Schachtes bedeckte, hinabsteigen mußte, um zu dem Rohre der Quelle zu gelangen, daß dagegen der Sachverständige B. schon auf Grund der ersten Besichtigung den neugeschaffenen Zugang zur Quelle als anständig und freundlich bezeichnet und nur bezüglich der Feuchtigkeit der Wände Ausstellungen erhoben und Vorschläge zu deren Beseitigung gemacht hat, so kann trotz dieser Ausstellungen nicht angenommen werden, daß dem Trinkenden der Zugang zur Quelle schwieriger und lästiger gemacht worden sei, als nach der zur Zeit des Vertragsabschlusses bestandenen Einrichtung. Die Angaben des Sachverständigen L. kommen in dieser Beziehung nicht in Betracht. Denn über das Verhältnis des neuen Zuganges zu den früher bestandenen Einrichtungen konnte er sich nicht aussprechen. Er hat sich wesentlich mit der Frage beschäftigt, ob in den zwei derzeit bestehenden Zugängen zur Quelle die zum Füllen der Trinkgläser dienenden Räume denjenigen Anforderungen entsprechen, welche die Gesundheitspflege im Interesse kranker Kurgäste an solche Oertlichkeiten stellen müsse. Allein um diese Frage handelt es sich zunächst gar nicht, ebensowenig um die Frage, welche der Sachverständige weiter seiner Prüfung unterzogen hat, ob in der genannten Beziehung der hintere Zugang gleichwertig sei mit dem vordern Zugang. Daß die Benützung des hintern Zugangs gesundheitsschädlich sei für die Trinkenden, hat auch er nicht bestätigt. Es ist auch bemerkenswert, daß im Laufe der letzten Jahre dieser Zugang von den Einwohnern von Mergentheim, welche das Wasser an der Quelle tranken, benützt worden ist, ohne daß ein Krankheitsfall vorgekommen wäre. Die Klägerin behauptete weiterhin, die neue Trink-

gelegenheit sei auch aus dem Grunde gesundheitsschädlich, weil der Hahnen an der Quellleitung zu tief angebracht sei, allein diesem Umstande wird von dem Sachverständigen L. jede erhebliche gesundheitliche Bedeutung abgesprochen.

Es ist daher auch der eventuelle Klagantrag abzuweisen.

Urteil des II. Senats des Oberlandesgerichts in Sachen der Stadtgemeinde Mergentheim gegen Dr. Aug. Herschel von da vom 21. Februar 1889.

44.

Oeffentliches und Privatgewässer. Zuständigkeit zur Entscheidung der Frage über die rechtliche Natur des betreffenden Wassers. Beweislast. Unvordenkliche Verjährung. Natur eines Regals.

Die Firma C. A. Springer in Isny hat auf ihrem an der bei Isny vorbeifließenden Aach gelegenen Grundeigentum eine Waschhütte in der Weise errichtet, daß diese Hütte auf beiden Ufern der Aach ruhte und das Flußbett der Aach überspannte. Der Graf Quadt-Wykradt-Isny hat Klage erhoben, die Beklagte sei schuldig, das Eigentun und ausschließliche Verfügungsrecht des Klägers über die an seinem Eigentum vorbeifließende Aach, Wasser und Bett, anzuerkennen, und sei nicht berechtigt, ohne Genehmigung des Klägers daselbst den Wasserspiegel der Aach zu überbauen oder das Aachwasser zu benützen, zu gebrauchen oder auf dasselbe einzuwirken und sie habe die daselbst errichtete Waschhütte, soweit dieselbe den Wasserspiegel der Aach überrage, oder Einrichtungen zum Gebrauch des Aachwassers oder zur Einwirkung auf dasselbe enthalte, abzubrechen und hinwegzuräumen; eventuell: die Beklagte sei schuldig, die Sonderrechte des Klägers auf den ausschließlichen Gebrauch und Verfügung über die an ihrem der Beklagten Eigentum vorbeifließende Aach, Wasser und Bett, anzuerkennen und sei ohne Genehmigung des Klägers nicht berechtigt, den Wasserspiegel der Aach zu überbauen oder

das Wasser der Aach daselbst zu gebrauchen, zu benützen, oder auf dasselbe einzuwirken, und sie habe die daselbst erbaute Waschhütte, soweit dieselbe den Wasserspiegel der Aach überrage oder Einrichtungen zum Gebrauch und zur Benützung des Aachwassers oder zur Einwirkung auf dasselbe enthalte, abzubrechen und hinwegzuräumen.

Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen. Der Inhalt der in Bezug genommenen Urkunden ergibt sich aus den nachstehenden Gründen II. Instanz:

I. Der vorige Richter hat mit Grund angenommen, daß die Zuständigkeit der Civilgerichte zur Verhandlung und Entscheidung der Klage begründet ist, da der vom Kläger erhobene Anspruch nach seiner thatsächlichen und rechtlichen Begründung als ein privatrechtlicher geltend gemacht wird [1]).

Hiemit steht auch die Bestimmung des Art. 10 Ziff. 24 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege nicht im Widerspruch, wonach die Kreisregierungen über Streitigkeiten zu entscheiden haben, welche „die Benützung öffentlicher Gewässer betreffen, einschließlich der Frage, ob einem Wasser die Eigenschaft eines öffentlichen Wassers zukommt." Denn wenn auch die Parteien darüber im Streit sind, ob die Isnyer Aach ein öffentliches Wasser ist, so wird durch die erwähnte Bestimmung die Zuständigkeit der Civilgerichte zur Entscheidung hierüber nicht ausgeschlossen, weil zufolge jener Bestimmung die Zuständigkeit der Administrativ-Justizbehörden nur unter der Beschränkung festgesetzt ist, daß der erhobene Anspruch nicht ein privatrechtlicher ist [2]).

Endlich steht auch die Bestimmung des § 139 der C.P.O. nicht entgegen, da hienach in civilrechtlichen Streitigkeiten der Civilrichter unter Umständen auch über solche Rechtsverhältnisse entscheiden kann, welche an sich von einer Administrativbehörde zu entscheiden wären [3]).

1) Württ. Arch. Bd. II S. 12 und S. 312 Note 2, Bd. V S. 237, Bd. XIV S. 43 u. 56; Ger.-Blatt Bd. XVIII S. 378 f., Bd. XXI S. 375 f.

2) Vergl. die Motive zu Art. 10 Ziff. 24 cit.

3) Gaupp, Comm. Bd. I S. 394.

II. Nach der von den württ. Gerichten stets festgehaltenen Ansicht gehören nach den Grundsätzen des deutschen Privatrechts, wie nach römischem Recht, zu den öffentlichen Gewässern nicht bloß die größeren schiff- und floßbaren Flüsse, sondern auch die kleineren Flüsse und Bäche, welche einen beständig dauernden Lauf haben. Es gehören aber nach deutschem Recht, abweichend vom römischen Recht, nur die schiff- und floßbaren Flüsse unbedingt zu den öffentlichen Gewässern, welche stets ein unter dem Wasserhoheitsrechte des Staates stehendes Gemeingut und dem Privateigentum entzogen sind, während kleinere Bäche auch im Privateigentum stehen können, was aber von demjenigen, welcher das Privateigentum an einem solchen Bache für sich in Anspruch nimmt, nachzuweisen ist, da auch bei kleineren dauernd fließenden Bächen die öffentlich rechtliche Natur des Wassers vermutet und im Zweifel angenommen wird [1]).

Es haben zwar partikularrechtlich in Deutschland auch andere hievon abweichende Grundsätze gegolten; allein, wenn der Kläger behaupten will, daß in dem in Frage stehenden Territorium früher andere Rechtsgrundsätze in Giltigkeit gewesen seien, so wäre es seine Sache gewesen, dies darzuthun; in Ermanglung dieses Nachweises ist aber anzunehmen, daß auch in dem in Frage stehenden Territorium die oben erwähnten allgemeinen deutschrechtlichen Grundsätze gegolten haben.

Daß die Isnyer Aach ein beständig fließendes Wasser ist, ist nicht bestritten, andererseits aber ist auch nicht behauptet, daß dieselbe thatsächlich zum Flößereibetrieb benützt werde. Den erwähnten Grundsätzen zufolge ist daher die Behauptung des Klägers, daß er das Eigentum an einem Teile der Isnyer Aach erworben habe, materiell zu prüfen, denn dieser Anspruch kann nicht, wie Beklagte geltend macht, schon deshalb für unbegründet erachtet werden, weil der Kläger einen Eigentums-

1) Lang, Sachenrecht Bd. I § 17 S. 101. Württ. Arch. Bd. I S. 255 f., 268 f., 271, 272; Bd. II S. 113, VI S. 150; Bd. XIV S. 262—264; Bd. XV S. 68.

anspruch nur an einem Teile der Aach geltend macht, da nicht abzusehen ist, warum der Kläger nicht das Eigentum an einem Teile des nicht floßbaren Flusses sollte erworben haben können, wenn er dieses Recht am ganzen Flusse erwerben konnte. Insbesondere steht auch das Recht der unterhalb der unteren Walke befindlichen Anlieger auf die Benützung des Wassers der Aach mit dem Eigentumsrecht des Klägers ebenso wenig in einem unlösbaren Widerspruch, als dies der Fall ist, wenn auf einem oberhalb liegenden Grundstück eine Quelle entspringt, welche in ihrem weiteren Laufe an fremden Grundstücken vorbeifließt [1]).

III. Zum Beweise seines Eigentumsrechts an der Aach von deren Ursprung an bis zur unteren Walke hat sich der Kläger zunächst auf den Tauschvertrag vom Jahre 1171 berufen, wodurch die Grafen von Vöringen dem Kloster Isny ihre Rechte an einem Teile der Aach übertragen haben. Aus diesem Tauschvertrage glaubt der Kläger als Rechtsnachfolger des Klosters sein Eigentum an der Aach ableiten zu können, indem er

1) geltend macht, es sei anerkannt, daß die Aach bis zu ihrer Mündung in die Argen innerhalb der Grenzen der den Grafen von Vöringen gehörigen Herrschaft Trauchburg gelegen sei, und es sei anzunehmen, daß dieses ganze Territorium den Grafen von Vöringen als Eigentum gehörte. Allein mit der Landeshoheit über die Herrschaft Trauchburg war nicht notwendig und als ein daraus entfließendes Recht das Eigentum der Grafen von Vöringen an sämtlichen zu der Herrschaft Trauchburg gehörigen Grundstücken und insbesondere an dem Wasser und Bette der Aach verbunden. Es ist aber auch nicht anzunehmen, daß den Grafen von Vöringen das Eigentum an dem ganzen zur Herrschaft Trauchburg gehörigen Territorium zustand, weil sonst die Truchsesse von Waldburg als Rechtsnachfolger der Grafen von Vöringen in der Herrschaft Trauchburg das Eigentum an diesem Territorium und insbesondere

1) Lang, Sachenrecht Bd. I § 27.

an demjenigen Teile der Aach, welcher dem Kloster von den Grafen von Vöringen nicht abgetreten wurde, in gleicher Weise erworben hätten, was aber der Kläger selbst nicht behauptet hat, und mit den dermaligen und früheren Eigentumsverhältnissen an jenem Territorium, soweit solche bekannt sind, im Widerspruch steht.

Die Behauptung, daß die Grafen von Vöringen Eigentümer der sämtlichen zu der Herrschaft Trauchburg gehörigen Grundstücke und der Aach gewesen seien, ist hiernach eine völlig unerwiesene Hypothese, und es kann daher daraus, daß die Herrschaft Trauchburg das ganze Flußgebiet der Aach umfaßte, nicht abgeleitet werden, daß auch sämtliche hiezu gehörigen Grundstücke nebst der Aach im Privateigentum der Grafen von Vöringen standen, so wenig als daraus, daß die Grafen von Vöringen das Kloster mit Grundbesitz aus der Herrschaft Trauchburg dotierten, oder daß die Herrschaft Trauchburg später an die Truchsesse von Waldburg aus freier Hand verkauft wurde.

2) Der Kläger hat sich sodann zum Beweise dafür, daß das Kloster durch den Tauschvertrag vom Jahr 1171 das Eigentum an dem in Frage stehenden Teile der Aach erworben habe, auf die Einträge in der Isnyer Kloster-Chronik vom Jahr 1729 fol. 20 und 27, sowie auf das Urbar des Gotteshauses zu Isny vom Jahr 1539 fol. 103 und 175 berufen.

Allein was den Eintrag in der Kloster-Chronik betrifft, so ist derselbe ein bloßes Referat; die Urkunde vom Jahr 1171 selbst dagegen ist nicht mehr vorhanden, und deren Wortlaut ist in der Chronik nicht enthalten. Wenn aber nach dem Eintrag auf fol. 20 der Graf von Vöringen seine Rechte an einem Teile der Aach an das Kloster abgetreten hat, so folgt hieraus nicht, daß damit das Privateigentum an der Aach auf das Kloster übertragen wurde, weil nicht erwiesen ist, daß die Aach im Privateigentum der Grafen von Vöringen sich befunden hatte, und daß es sich hiebei nicht bloß um gewisse Nutzungsrechte, insbesondere um die Abtretung des Fischereirechts handelte. Nun ist zwar auf fol. 27 eod. ausdrücklich bemerkt,

daß das Eigentum an der Aach nebst deren Nebenzuflüssen auf das Kloster übergegangen sei; allein dieser Eintrag enthält lediglich die rechtliche Auffassung der Verfasser der Chronik, und kann deshalb als ein unzweifelhaftes und maßgebendes Beweisdokument um so weniger erachtet werden, als diese Chronik erst im Jahr 1729 verfaßt wurde, und völlig ungewiß ist, aus welchen Quellen der Verfasser der Chronik seine Angaben entnommen hat, und ob denselben überhaupt ein Beweiswert beigelegt werden kann, und als ferner das Wort Eigentum (proprietas) in älteren Urkunden häufig nicht im Sinne von Privateigentum, sondern von öffentlichem Eigentum oder Nutzungsrecht gebraucht wurde. Die Einwendung des Klägers, daß der Begriff des publizistischen Eigentums in Urkunden aus jener frühen Zeit nicht vorkomme, trifft aber schon deshalb nicht zu, weil die Kloster-Chronik, in welcher jener Ausdruck gebraucht wurde, erst im Jahr 1729 verfaßt worden ist.

Auch aus dem Eintrag in dem Urbar vom Jahr 1539 kann eine Bestätigung dafür nicht abgeleitet werden, daß das Kloster durch den Tauschvertrag vom Jahr 1171 das Privateigentum an einem Teile der Aach erworben hat. Zwar ist daselbst auf S. 103 erwähnt, daß drei Mühlen samt dem Wasser vom Ursprung bis an den Steg unter der unteren Walke frei, ledig und eigen des Gotteshaus sei, darin die von Isny keine Gerechtigkeit haben sollen. Ferner ist auf S. 115 bemerkt, daß die Aach, neben der Stadt hinfließend bis hinab, da sie die Isenach heißt, des Gotteshaus eigen sei, darin sonst niemand zu fischen hat. Gerade dieser letztere Beisatz weist aber darauf hin, daß das sogenannte Eigentum im wesentlichen als das ausschließliche Fischereirecht aufgefaßt wurde, wie dies auch in der Beschreibung des Oberamts Wangen von Prof. Pauli S. 199 angenommen worden ist. Diese Annahme wird auch ganz wesentlich unterstützt durch den Inhalt der Urkunde vom Jahr 1290, worin nirgends von einem Eigentumsrecht des Klosters an der Aach die Rede ist, sondern nur von dem Fischereirecht des Klosters und von den Mühlen, und wonach schon damals alle Bürger von Isny, welche Wiesen haben, das Wasser

der Aach ohne Beschädigung zum Bewässern der Wiesen gebrauchen durften, und ferner das Waschen in der Aach allgemein gestattet war, auch jedermann seine an der Aach gelegenen Aecker und Wiesen gegen das Wasser schützen sollte. Denn es ergibt sich hieraus, daß der Gemeingebrauch des Wassers der Aach, wie solcher an öffentlichen Gewässern stattzufinden pflegt, damals als ein Recht der Einwohner von Jsny bestanden hat, und durch das dem Kloster durch den Vertrag vom Jahr 1171 übertragene Recht an der Aach nicht ausgeschlossen wurde, wie dies der Fall gewesen wäre, wenn der Fluß und das Bett der Aach als wirkliches Privateigentum des Klosters angesehen worden wäre. Es kann hiernach aus den erwähnten Urkunden nicht der Beweis dafür entnommen werden, daß das Kloster Jsny durch den Tauschvertrag vom Jahr 1171 das Privateigentum an einem Teile der Aach erworben hat, vielmehr spricht insbesondere die Urkunde vom Jahr 1290 ganz entschieden dafür, daß von den Grafen von Vöringen damals nur die ihnen als Landesherren und als Eigentümern der an der Aach befindlichen Mühlen zustehenden Nutzungsrechte, insbesondere das Fischereirecht auf das Kloster übertragen worden sind, daß aber im übrigen die Aach als ein öffentliches Wasser angesehen wurde, dessen Benützung so, wie sie an öffentlichen Wassern stattzufinden pflegt, allgemein gestattet war.

IV. Der Kläger gründet sodann das von ihm angesprochene Eigentumsrecht an der Aach noch weiter auf unvordenkliche Verjährung. Da die unvordenkliche Verjährung nicht bloß bei Privatrechtsverhältnissen, sondern auch bei öffentlich-rechtlichen Verhältnissen Anwendung findet, so hätte der Kläger, wie schon der vorige Richter ausgeführt hat, darzuthun, daß er, resp. sein Rechtsvorgänger, an dem streitigen Teile der Aach seit unvordenklicher Zeit in der Absicht, das Eigentum auszuüben, Handlungen vorgenommen habe, welche nur ein Eigentümer vorzunehmen befugt war, und welche insbesondere nicht als Ausfluß eines öffentlichen Rechtes aufgefaßt werden können.

Allein die aus den vorgelegten Urkunden ersichtlichen Akte

müssen nicht notwendig auf ein dem Kloster und dem Kläger als dessen Rechtsnachfolger zustehendes Privateigentum an der Aach zurückgeführt werden, sondern sie sind insbesondere auch daraus erklärlich, daß die Grafen von Vöringen die ihnen zustehenden regalen Nutzungsrechte an einem Teile der Aach auf das Kloster übertragen hatten, wodurch das Kloster das Fischereirecht und mehrere Mühlen an der Aach erhielt, deren Schutz die durch die Urkunden bestätigten Akte zum Zwecke haben konnten.

Es hat zwar der Kläger in der II. Instanz namentlich auf die Urkunden vom Jahr 1525 und vom Jahr 1528 ein besonderes Gewicht gelegt, und behauptet, daß darin die Anerkennung des Eigentumsrechts des Klosters an der Aach von seiten der Stadt Isny enthalten sei. Diese Behauptung ist aber nicht begründet.

Nach Inhalt der Urkunde vom Jahr 1525 wurde ein Streit zwischen dem Kloster und dem Rat und den Bürgern von Isny, welche letztere eine Schleifmühle an dem „Gotteshauswasser" bauen wollten, von dem damaligen Besitzer der Herrschaft Trauchburg, Wilhelm Truchseß Freiherr zu Waldburg, mit Zustimmung beider streitenden Teile dahin geschlichtet, daß sie die Schleifmühle an das Gotteshauswasser wohl bauen mögen, jedoch unbeschadet der Mühlen des Gotteshauses und anderer Gerechtigkeit. Dabei ist weiter gesagt, daß die von Isny kein anderes Mühlwerk oder Gebäude errichten, noch sonst am Wasser bauen und machen sollen ohne Wissen und Verwilligung des jeweiligen Prälaten und seines Konvents.

Es kann nun aber zunächst darin, daß der damalige Besitzer der Herrschaft Trauchburg sich herbeiließ, die Streitigkeiten zwischen dem Kloster und der Stadt zu schlichten, nicht, wie der Kläger behauptet, eine Anerkennung des Eigentumsrechts des Klosters an der Aach von seiten des damaligen Besitzers der Herrschaft Trauchburg gefunden werden. Ebensowenig kann aus dem weiteren Inhalte der Urkunde, insbesondere aus der Bezeichnung der Aach als „Gotteshauswasser" abgeleitet werden, daß das Kloster damals das Privateigentum

an der Aach in Anspruch genommen hat, und daß dies von den Vertretern der Stadt Isny anerkannt worden ist. Denn wäre damals die Aach als Privateigentum des Klosters angesehen worden, so hätte der Stadt Isny die Berechtigung zu Erbauung einer Schleifmühle an dem Wasser nicht zugesprochen werden können; dieser Streit hätte vielmehr zu Gunsten des Klosters entschieden werden müssen. Es weist aber auch der Beisatz: „jedoch unbeschadet der Mühlen des Gotteshauses und anderer Gerechtigkeit" unverkennbar darauf hin, daß nur ein Anspruch des Klosters auf Schutz seiner Mühlen und sonstigen Gerechtigkeiten in Anspruch genommen und anerkannt werden wollte, nicht aber ein Eigentumsrecht, und dies ergibt sich noch unzweifelhafter aus dem in der gleichen Urkunde erwähnten achten Streitpunkte, wobei es sich darum handelte, daß nach der Behauptung des Klosters einige Häuser über die Marken dermaßen gemacht seien, „daß sie dem Wasser einen Widerschwall und dadurch der Mühle eine Verhinderung brächten", was nach jener Entscheidung nicht zuläßig gewesen wäre.

Auch aus der weiteren Bestimmung, daß die von Isny kein anderes Mühlwerk oder Gebäude errichten, noch sonst am Wasser bauen und machen sollen ohne Wissen und Bewilligung des Klosters, kann nicht abgeleitet werden, daß das Kloster das Eigentum an der Aach in Anspruch genommen hat, oder daß dasselbe von seiten der Stadt anerkannt werden wollte, vielmehr gibt schon das dem Kloster zustehende Fischereirecht und der Besitz der Mühlen an der Aach einen ganz genügenden Erklärungsgrund hiefür. Denn es ist ganz natürlich, daß das Kloster mit Rücksicht auf diese Rechte das Bauen am Wasser und die Benützung des Wassers durch die Einwohner von Isny möglichst zu beschränken und zu verhindern suchte, weil ein Fischwasser, welches durch eine Stadt fließt, der Gefahr der Ausbeutung durch unberechtigte Personen umsomehr ausgesetzt ist, je leichter der Zutritt zu dem Wasser ist, und weil durch das Bauen am Wasser die Mühlen des Klosters benachteiligt werden konnten.

Was sodann die Urkunde vom Jahr 1528 betrifft, wonach das Kloster gegen die von der Stadt ausgeführte Erbauung einer Mühle protestierte, von der Stadt aber erwidert wurde, daß sie auf ihrem eigenen Grund und Boden an ihr eigen und nicht an des Gotteshaus Wasserfluß die Mühle gebaut habe, so kann auch hieraus ein Anerkenntnis des Eigentumsrechts des Klosters an der Aach nicht mit Sicherheit abgeleitet werden, vielmehr ist anzunehmen, daß auch dieser Protest, wie im Jahr 1525, nicht auf Grund des Eigentumsrechts des Klosters an der Aach, sondern wegen der Benachteiligung der Klostermühle erhoben wurde, da auch dieser Protest damit begründet wurde, daß die Erbauung der Mahlmühle dem gnädigen Herrn von Isny und dem Gotteshaus nachteilig und beschwerlich sei.

Ebensowenig kann eine Anerkennung des Privateigentums des Klosters an der Aach von seiten der Stadt Isny aus dem in der Urkunde vom Jahr 1589 erwähnten Vergleich zwischen dem Kloster und der Stadt, oder aus den Urkunden vom Jahr 1453 und vom Jahr 1622, wonach das Kloster der Stadt auf ihre Bitte in widerruflicher Weise die Erlaubnis erteilte, ihre Teuchel in die Aach zu legen, resp. Wasser aus derselben abzuleiten, entnommen werden.

In dieser Instanz hat zwar der Kläger noch weiter geltend gemacht, daß die Domänendirektion im Jahr 1859 den dem Messerschmid Heinle für die Errichtung einer Schleifmühle an dem sogenannten Appreturbächlein angesetzten Wasserzins auf die Einsprache des Klägers wieder aufgehoben, und damit das Eigentumsrecht des Klägers an diesem Bächlein anerkannt habe. Allein hieraus kann eine Anerkennung des Eigentumsrechts des Klägers an der Isnyer Aach schon darum nicht abgeleitet werden, weil es sich hiebei nicht um die Benützung des streitigen Teiles der Isnyer Aach, sondern um die Benützung eines ganz anderen Baches handelte.

Es kann hiernach aus den Urkunden, welche der Kläger vorgelegt hat, die Erwerbung des Privateigentums des Klosters oder der klägerischen Standesherrschaft an der Aach durch un-

vordenkliche Verjährung nicht entnommen werden, weil die aus diesen Urkunden ersichtlichen Akte nicht mit Notwendigkeit auf ein dem Kloster, resp. dem Kläger zustehendes Eigentumsrecht zurückgeführt werden müssen, sondern ganz wohl auch in den denselben zustehenden Nutzungsrechten ihren Grund haben konnten, wie auch mehrfach in den Urkunden auf die Benachteiligung der Mühlen und des Fischwassers ausdrücklich hingewiesen wird.

Aber auch darauf, daß in den vorgelegten Urkunden die Aach mehrfach als „Gotteshauswasser" oder als dem Gotteshaus gehörig bezeichnet wurde, sowie daß bei Erteilung von Konzessionen von einzelnen Bittstellern das Eigentumsrecht des Klosters oder der klägerischen Standesherrschaft an der Aach anerkannt wurde, kann ein erhebliches Gewicht nicht gelegt werden, weil es sich hiebei überall nicht um eine Feststellung der rechtlichen Natur des dem Kloster, resp. der Standesherrschaft an der Aach zustehenden Rechtsverhältnisses handelte. Hiezu kommt aber noch, daß durch das Privateigentum des Klosters, resp. des Klägers an der Aach auch der Gemeingebrauch des Wassers der Aach, wie derselbe an öffentlichen Waern stattzufinden pflegt, ausgeschlossen gewesen wäre, daß aber nach Inhalt der Urkunde vom Jahr 1290 schon damals nicht, wie der Kläger behauptet, bloß einzelnen Bürgern, sondern allen Bürgern von Isny, welche Wiesen an der Aach hatten, das Recht zustand, ihre Wiesen zu wässern, und daß auch das Waschen in der Aach, „wo dem Augenschein nach der Weg hinabführt", ganz allgemein gestattet war, der Gemeingebrauch des Wassers der Aach somit nicht, wie der Kläger behauptet, ausgeschlossen, sondern von der frühesten Klosterzeit bis in die neueste Zeit stets gestattet war, und es hat auch der Kläger keinen Fall anzuführen vermocht, in welchem dieser Gemeingebrauch des Wassers verboten, oder von einer besonderen Erlaubnis des Klosters oder des Klägers abhängig gemacht worden wäre.

V. Eventuell hat der Kläger geltend gemacht, daß er, resp. das Kloster durch den Tauschvertrag vom Jahr 1171 und

durch unvordenkliche Verjährung das ausschließliche Benützungs-, Gebrauchs- und Verfügungsrecht über das Wasser und Bett der Aach, sowie das Recht, jeden Dritten von dem Gebrauch und der Benützung und Einwirkung auf die Aach auszuschließen, als ein servitutisches oder servitutähnliches Sonderrecht erworben habe. Damit behauptet der Kläger nichts anderes, als daß er ein seinem Umfange und Inhalte nach dem Eigentum gleichstehendes Recht an der Aach als Sonderrecht erworben habe. Diese Behauptung ist aber schon darum nicht begründet, weil dem Ausgeführten zufolge die Erwerbung eines solchen Rechts weder aus dem Tauschvertrag vom Jahr 1171, noch aus den vorgelegten Urkunden entnommen werden kann, vielmehr als erwiesen anzunehmen ist, daß der Gemeingebrauch an der Aach, wie er an den öffentlichen Gewässern stattzufinden pflegt, von jeher gestattet war.

Dazu kommt, daß es, wie schon der vorige Richter ausgeführt hat, ein allgemeines dem Eigentum gleichstehendes regales Nutzungsrecht der richtigen, auch vom Kläger nicht widerlegten Ansicht zufolge niemals gegeben hat, daß vielmehr die Regalien nur als einzelne bestimmte, den Gemeingebrauch an öffentlichen Wassern in gewisser Beziehung beschränkende und auf einem bestimmten Rechtsgrund beruhende Nutzungsrechte der Landesherren zu betrachten sind, welche der Ausübung nach an dritte Personen verliehen werden konnten und vielfach verliehen wurden, durch deren Verleihung aber weder der Gemeingebrauch des Wassers, noch das Hoheitsrecht des Staates, den Gebrauch des öffentlichen Wassers zu beaufsichtigen, aufgehoben worden ist.

Hieraus und aus der Natur dieser Sonderrechte als einzelner bestimmter Privilegien hinsichtlich der Benützung eines öffentlichen Wassers ergibt sich von selbst, daß der Kläger auf Grund der ihm angeblich zustehenden regalen Sonderrechte an der Aach dritte Personen von deren Benützung nur dann und insoweit ausschließen könnte, als die Art und Weise der Benützung mit einem ihm zustehenden Sonderrechte nicht verträglich wäre. Ein auf solche Sonderrechte gegründeter Anspruch

würde daher voraussetzen, daß der Kläger die ihm zustehenden Sonderrechte speziell bezeichnen und darthun würde, daß und inwiefern ein ihm zustehendes Sonderrecht durch die Benützung des Wassers von seiten eines Dritten verletzt werde. In dieser Weise hat aber der Kläger seinen Anspruch nicht begründet, sondern er hat geltend gemacht, daß ihm das Recht der unbeschränkten Benützung und Verfügung über die Aach, sowie das Recht, jeden Dritten von deren Benützung und von der Einwirkung auf dieselbe auszuschließen, als ein universelles, die ausschließliche Herrschaft über die Aach in sich schließendes Regalrecht zustehe. Da es aber ein solches universelles Regalrecht dem Ausgeführten zufolge nicht gibt, so ist auch die Behauptung des Klägers, daß er ein solches erworben habe, nicht begründet. In dieser Instanz hat zwar der Kläger noch geltend gemacht, daß ihm als besonderes Nutzungsrecht das Fischereirecht und das Mühlrecht an dem streitigen Teile der Aach zustehe, und daß er auf Grund des Mühlrechts berechtigt sei, die Errichtung jedes Werkes an der Aach zu verbieten, sowie daß durch die von der Beklagten beabsichtigte Benützung des Wassers der Aach sein Fischereirecht gefährdet werde. Allein damit hat der Kläger nicht nur seinen Klaganspruch wesentlich verändert, insofern er jetzt behauptet, daß ihm auf Grund des ihm zustehenden Fischerei- und Mühlrechts ein Anspruch auf Beseitigung der von der Beklagten errichteten Waschhütte und ein Verbietungsrecht bezüglich der beabsichtigten Benützung des Wassers der Aach zustehe, während er in I. Instanz die Beseitigung der Waschhütte und der Einrichtungen zum Gebrauch und zur Benützung des Aachwassers als Konsequenz und auf Grund eines universellen, die ausschließliche Herrschaft über die Aach in sich schließenden Regalrechts beansprucht hat, sondern er hat auch diesem Anspruch auf Beseitigung der Waschhütte einen neuen Klagegrund unterschoben, indem er seinen Anspruch nicht mehr auf das Eigentumsrecht oder auf ein universelles die ausschließliche Herrschaft über die Aach enthaltendes Regalrecht gründet, sondern auf das ihm zustehende Fischerei- und Mühlrecht. Diese Behauptung des Klägers erscheint da-

her als eine Klagänderung, welche in II. Instanz gemäß § 489 der C.P.O. unstatthaft, und daher im gegenwärtigen Prozesse nicht weiter zu berücksichtigen ist.

VI. Dem Ausgeführten zufolge war die gegen das Urteil voriger Instanz erhobene Berufung zurückzuweisen.

Urteil des 2. Senats des Oberlandesgerichts vom 5. Januar 1888 in Sachen des H. Grafen von Quadt-Wykradt-Isny c. die Firma C. A. Springer in Isny.

Die Revision gegen dieses Urteil wurde vom Reichsgericht verworfen. Das Reichsgericht ging davon aus, es sei zweifellos richtig, daß auch nicht schiff- und floßbare beständig fließende Gewässer dem Privatverkehr entzogen sein können. Ob die öffentlich-rechtliche Natur solcher Gewässer zu vermuten sei, könne auf sich beruhen. Jedenfalls sei auch die privatrechtliche Natur derselben nicht zu vermuten. Der Kläger habe daher darzuthun, daß ihm das Privateigentum an der Aach zustehe. Diesen Beweis habe der Berufungsrichter ohne Rechtsirrtum nicht für erbracht angesehen. Sofern der Kläger ferner ein ausschließliches Benützungs- und Verfügungsrecht über Wasser und Bett der Aach und das Recht, jeden Dritten von dem Gebrauch, der Benützung und Einwirkung auszuschließen, behaupte, und damit ein ihm an der Aach als einem dem Privatverkehr unterworfenen Fluß zustehendes Recht geltend mache, so sei dies nichts anderes, als ein seinem Inhalt und Umfang nach dem Eigentum gleichstehendes Recht, welches der Berufungsrichter als nicht dargethan erachte. Was aber die Frage betreffe, ob beklagterseits in ein dem Kläger an der Aach als öffentlichem Fluß zustehendes Regalrecht eingegriffen werde, so werde dies verneint, weil es ein regales Recht des eben bezeichneten allgemeinen Inhalts nicht gebe, von dem Kläger aber nur ein solches universales Regalrecht behauptet worden sei. Letzteres werde nun von der Revision mit Unrecht bestritten. Wenn erst in II. Instanz geltend gemacht worden sei, durch die von der Beklagten beabsichtigte Benützung des Wassers der Aach werde auch das Fischereirecht des Klägers gefährdet, so

sei mit Recht eine unstatthafte Klageänderung angenommen worden.

45.

Ein auf einen unsittlichen Zweck gerichtetes Rechtsgeschäft ist nichtig, sofern dieser Zweck auch dem Vertragsgegner bekannt war.

Der Ehemann der Klägerin, welcher mit ihr in Unfrieden lebte, hat ohne ihr Vorwissen Haus und Hof mit Scheuer und Stallung, einem Gemüsegarten und drei Wiesen — sämtlich Errungenschaftsstücke —, sowie einen ihm selbst gehörigen Hopfengarten im Anschlag von 600 M., um den einheitlichen Preis von 5000 M. und das sämtliche vorhandene Vieh nebst Baumannsfahrnis, gleichfalls Errungenschaftssachen, um den Preis von 2000 M. an seinen Bruder, den Beklagten, unter Anbedingung barer Zahlung verkauft, des folgenden Tags den Kaufpreis — oder wie Beklagter sagt, einen Teil desselben im Betrag von 3000 M. — erhoben und ist mit diesem Geld nach Amerika entwichen. Als der Beklagte die Kaufgegenstände bei der Klägerin übernehmen wollte, wurde er von dieser hieran verhindert; gegen die Erteilung des für den Liegenschaftskauf vom Beklagten nachgesuchten gerichtlichen Erkenntnisses hat Klägerin Einsprache erhoben, weil sie die Verträge anfechten wolle, und sie hat hierauf zu Erhebung einer Klage beim zuständigen Gericht Frist anberaumt erhalten.

Auf die von der Klägerin eingereichte Feststellungsklage wurden die bezeichneten Verträge für nichtig erklärt [1]).

Gründe.

Da schon mit der vom Beklagten nachgesuchten gemeinderätlichen Bestätigung des Verkaufs der Liegenschaft dem Beklagten die rechtliche Möglichkeit zu wirksamer Verpfändung derselben eröffnet wäre (Pfandgesetz Art. 6 Abs. 2) und, was die verkaufte Fahrnis anlangt, der Klägerin die Wegnahme

1) S. auch d. Entsch. d. vormal. Obertribunals im Württ. Gerichtsblatt Band 9 S. 251 und Motive z. Entw. eines bürg. Gesetzbuchs § 106, Archiv für civil. Praxis Bd. 58 S. 66.

derselben auf Grund des Kaufvertrags vom Beklagten bereits angedroht war, ist ihr rechtliches Interesse daran, daß die rechtliche Unwirksamkeit dieser Verkäufe schon jetzt festgestellt werde, nicht zu bezweifeln.

II. Diese Verkäufe aber sind nichtig, als den guten Sitten widerstreitend.

Als sittenwidrig entbehren der rechtlichen Wirksamkeit nicht bloß solche Verträge, welche eine den guten Sitten widerstreitende Handlung und Unterlassung zum Gegenstand haben, sondern auch solche, welche etwas Erlaubtes zusagen, aber zu einem verbotenen Zweck, sofern auch sie, wenn sie Geld oder Geldeswert versprechen, um Unsittliches hiedurch zu fördern, mittelbar auf Unsittliches gerichtet sind. Allerdings kann, weil Sittenpflichten und Rechtspflichten sich nicht decken, nicht jedes vom sittlichen Standpunkt verwerfliche Geschäft auch rechtlich nichtig sein; auch sind ganz entfernte, bloß mögliche oder vorübergehende Zwecke hiebei regelmäßig nicht zu beachten [1]); aber wenn der unmittelbare und nächste Zweck eines Geschäfts auf etwas gerichtet ist, was derjenigen Sittlichkeit zuwiderlauft, welche in bestimmten Rechtsvorschriften auch vom Rechte anerkannt ist, muß das Recht einem solchen Geschäft auch von sich aus die Wirksamkeit versagen, vorausgesetzt nur — was um der Rechtssicherheit willen notwendig zu fordern ist —, daß dieser Zweck als unsittlicher auch dem Vertragsgegner erkennbar gewesen ist.

Alle diese Voraussetzungen treffen im vorliegenden Fall zu. Daß der Ehemann der Klägerin diese Verkäufe nur abgeschlossen hat zu dem Zweck, die zu seiner heimlichen Entweichung erforderlichen Barmittel zu erlangen, ist klar und auch vom Beklagten nicht in Abrede gezogen; dieser Zweck aber: seine Ehefrau heimlich zu verlassen, ist nicht bloß ein unsittlicher, sondern ein rechtswidriger; und er war auch vom Beklagten schon beim Kaufsabschluß als solcher erkannt. Denn, daß der Beklagte um den eben genannten Plan seines Bruders

---

1) Vergl Dernburg Pandekten II S. 47 § 16 und 17.

gewußt hat, ist nicht zu bezweifeln. Hatte doch dieser letztere sein Vorhaben nicht einmal der Klägerin selbst verborgen zu halten gewußt, (wie aus dem für ihren Antrag auf Beibringenssicherung von ihr angegebenen Grund erhellt,) und es hat Beklagter von diesem Antrag und dessen Begründung durch den amtlich damit befaßten Schultheiß K., seinen Bruder, ohne Zweifel Kenntnis erhalten; ebenso war dem Beklagten, wie er einräumt, das eheliche Zerwürfnis seines Bruders und als dessen Grund die Eiferſucht der Klägerin wohl bekannt und mußte ihm deshalb der Umstand, daß sein Bruder Haus und Hof und alle Wirtschaftsfahrnis verkaufen — und noch dazu gegenüber dem gemeinderätlichen Anschlag der Liegenschaft ungewöhnlich wohlfeil verkaufen — wolle, als höchst auffällig und geradezu als Bestätigung jenes von der Klägerin ausgesprochenen Verdachts der Entweichungsabsicht ihres Ehemanns erscheinen. Daß der Beklagte, ein gelernter Metzger, und mit der Bewirtschaftung der Güter seiner Mutter beschäftigt, irgendwie vorher die Absicht selbständiger Niederlassung und eigenen landwirtschaftlichen Betriebs kundgegeben habe, ist von ihm selbst nicht behauptet, sonach, trotz seines heiratsfähigen Alters, nicht ersichtlich, welcher Zweck denselben zum Ankauf der fraglichen Güter sollte bestimmt haben, wenn es nicht der von der Klägerin behauptete war. Gewiß hat Beklagter, welcher das Geld zu dem Ankauf hergeben und selbst erst auf Bürgschaft eines Bruders aufnehmen sollte, nach Grund und Zweck des plötzlichen Verkaufsvorhabens seines Bruders genau sich erkundigt, und daß er hiebei sich sollte haben beruhigen lassen mit dem ganz unbestimmten Vorgeben des letzteren: er wolle sich „im Oberland" ankaufen ohne jede Andeutung eines bestimmten, näher ins Auge gefaßten Plans, erscheint nicht glaubhaft. Wäre jener Vorwand von seinem Bruder auch wirklich gebraucht worden, konnte ihn der Beklagte leicht als nichtig durschauen, da in diesem Fall unerklärt blieb, warum sein Bruder nur einen Teil seiner Güter und insbesondere, warum er auch seine notwendige Baumannsfahrnis mit verkaufe, welch' letztere er doch im Fall einer Niederlassung im

Oberland sofort wieder — und zwar mit einem größeren Aufwand — hätte anschaffen müssen. Gerade das aber, daß Beklagter glauben machen will, er habe sich allen diesen auffallenden Umständen gegenüber mit jener oberflächlichen und unwahrscheinlichen Ausrede abfertigen lassen, und gar nichts weiter wissen wollen, als sein Bruder beabsichtige „ins Oberland zu ziehen", spricht entschieden dafür, daß Beklagter mit der Wahrheit zurückhält, weil er diese nicht eingestehen darf, ohne der Klage Raum zu geben.

War aber der Beklagte, wie hienach nicht zu bezweifeln, Mitwisser des rechtswidrigen Vorhabens seines Bruders, so mußte er sich auch sagen, daß er durch Eingehung der Kaufverträge demselben die Mittel gewähre zur Ausführung seines Plans, also die Verlassung der Klägerin ermögliche und unterstütze, somit ein Recht und Sitte widerstreitendes Geschäft abschließe. Dieses letztere ist deshalb — aus eben diesem Grunde — von Haus aus ohne rechtliche Wirkung d. h. nichtig.

Urteil des I. Senats des Oberlandesgerichts vom 3. Juli 1888 in Sachen des ledigen Metzgers Friedrich K. in Hochdorf gegen Katharine K. von da.

46.

Verpflichtung eines Beauftragten.

Zu Anfang des Nov. 1879 war der damals zahlungsunfähige Kläger, um den Antrag auf Konkurseröffnung abzuwenden, bemüht, seine Gläubiger zu einem Arrangement zu veranlassen. Er beabsichtigte insbesondere, seine Wechselgläubiger um ihre Forderungen durch sofortige Ausfolge von 33 ⅓ % ihres Forderungsbetrags in drei Monat-Accepten seines Schwagers F., der sich zu dieser Intervention herbeiließ, und von 66 ⅔ % in Partialobligationen seines im Konkurse befindlichen Bruders abzufinden, deren Ueberlassung durch die Gläubiger des letzteren an den Kläger im Wege des Vergleichs erwartet wurde. Bei einer am 4. November 1879 über das

projektierte Arrangement stattgehabten Besprechung einiger Gläubiger, an welcher der Beklagte als Vertreter eines Gläubigers teilnahm, und jenes Schwagers des Klägers F. ersuchte der letztere im Auftrag des Klägers den Beklagten, welcher eine Reise nach Erlangen zu machen beabsichtigte, mit zwei in Erlangen wohnhaften Gläubigern des Klägers, dem A. B. und J. F., das Arrangement unter den erwähnten Propositionen zum Abschluß zu bringen und es hat der Beklagte sich hiezu bereit erklärt und den Auftrag angenommen. Der Beklagte reiste noch am 4. Nov. 1879 nach Erlangen ab und trat mit jenen Erlanger Gläubigern am 5. Nov. in Unterhandlung. Dieselben lehnten den Beitritt zu dem vorgeschlagenen Arrangement ab, erklärten sich aber bereit, durch bare Bezahlung von 30 % ihrer Forderungen sich abfinden zu lassen. Hierauf hat der Beklagte diesen Gläubigern die in ihren Händen befindlichen Wechselaccepte des Klägers im Betrag von 37 000 M. um den Preis von 30 % in eigenem Namen abgekauft. Am 7. und 8. November kam mit den übrigen Gläubigern das Arrangement zu Stande, und es trat auch der Beklagte an letzterem Tage diesem Arrangement als Bevollmächtigter des A. B. und J. F. bei. Der Betrag desjenigen, was der Beklagte durch dieses Arrangement schließlich von dem Kläger, bezw. dessen Intercedenten erhalten hat, überstieg die von dem Beklagten an die Erlanger Gläubiger bezahlte Kaufsumme um 6233 M. 33 Pf. Nachdem der Kläger erfahren hatte, daß der Beklagte in Wirklichkeit nicht Namens der Erlanger Gläubiger dem Uebereinkommen beigetreten war, sondern die Forderungen der letzteren für sich selbst erworben hatte, verlangte er von dem Beklagten die Rückgabe der erwähnten Summe, und es wurde der Beklagte auch zur Rückzahlung samt Zinsen verurteilt.

Gründe.

I. Der Mandatar ist nicht nur zur Ausführung des Auftrages verpflichtet, sondern er hat auch dem Mandanten über die Ausführung Auskunft zu geben, und insbesondere, wenn sich zeigt, daß er den übernommenen Auftrag nicht ausführen

kann, dies sofort dem Mandanten anzuzeigen. Gelingt es ihm, auf noch vorteilhaftere Weise für den Mandanten zu handeln, als ihm die erhaltene Anweisung vorschrieb, so kommt dies dem Mandanten zu statten [1]). Wenn also im vorliegenden Falle die Erlanger Gläubiger sich weigerten, dem Arrangement unter den Voraussetzungen des Beitritts der übrigen Gläubiger zuzustimmen, dagegen sich bereit erklärten, definitiv um ihre Forderungen unter für den Kläger günstigeren Bedingungen, nämlich durch Barzahlung von 30 % ihres Forderungsbetrages sich abfinden zu lassen, so hatte der Beklagte hievon sofort telegraphisch den Kläger zu benachrichtigen, um ihm die Gelegenheit zu geben, auf diese für ihn vorteilhaftere Weise mit diesen Gläubigern definitiv sich zu vergleichen. Er durfte aber nicht, bevor feststand, daß der Kläger, bezw. F. dieses Anerbieten der Erlanger Gläubiger nicht annehmen, die Forderungen der letzteren, wie geschehen, käuflich selbst erwerben.

II. Der Beklagte hat nun aber den ihm obliegenden Beweis, daß er dem Kläger die hienach erforderliche Mitteilung gemacht habe, nicht erbracht. — Dies wird des Näheren ausgeführt und fortgefahren:

III. Ueberwiegende Gründe sprechen sodann dafür, daß der Kläger, bezw. F., wenn sie durch den Beklagten benachrichtigt worden wären, daß die Erlanger Gläubiger auf 30 % ihrer Forderungen gegen Barzahlung des Betrages definitiv abzuschließen bereit seien, auf diesen Vorschlag eingegangen wären, obwohl das Arrangement, das sie durch den Beklagten diesen Gläubigern proponieren ließen, noch an die doppelte Voraussetzung des Beitritts sämtlicher Gläubiger und der Freigabe der erforderlichen Anzahl von Partialobligationen der Spinnerei des Bruders des Klägers geknüpft war. Denn einerseits waren die pekuniären Bedingungen dieses definitiven Abkommens nicht bloß für den Kläger, sondern auch für F. günstiger, als das von ihnen proponierte Arrangement; andererseits wäre mit der Ablehnung des definitiven Vergleichsvor-

1) L. 5 § 5 D. 17, 1.

schlages der Erlanger Gläubiger die Gefahr eines Antrages auf Konkurseröffnung, durch den der Abschluß eines Arrangements überhaupt vereitelt worden wäre, eine höchst drohende geworden. Bei dieser Sachlage darf angenommen werden, daß F. zur definitiven Abfindung der Erlanger Gläubiger gegen das geringere Entgelt von 30 %, zu dessen sofortiger Leistung er zweifellos im Stande war, sich (wie er bei seiner Vernehmung als Zeuge angegeben hat) damals herbeigelassen hätte; und an der Zustimmung des Klägers, dem die Leistung von Partialobligationen der Spinnerei erspart blieb, ist gar nicht zu zweifeln.

IV. Weil der Beklagte die ihm aus dem Mandat obliegende Verpflichtung nach dem Ausgeführten nicht erfüllt hat, so hat er dem Kläger dasjenige zu ersetzen, was derselbe gehabt haben würde, wenn der Beklagte diese Verpflichtung erfüllt hätte. Dieses Interesse besteht in der Differenz zwischen dem Werte der dem Beklagten ausgefolgten Wechsel und Partialobligationen, und dem Preise, den der Beklagte den Erlanger Gläubigern für deren Forderungen bezahlt hat.

Urteil des I. Senats des Oberlandesgerichts vom 29. April 1887 in Sachen Stänglen c. Schwarz.

Die Revision gegen dieses Urteil wurde vom Reichsgericht verworfen.

Dasselbe sprach aus:

1. Nachdem die Erlanger Gläubiger bei der am 5. Nov. von dem Beklagten mit ihnen gepflogenen Unterhandlung den Beitritt zu dem proponierten Arrangement verweigert, dagegen ihre Bereitwilligkeit, sich durch Zahlung von 30 % ihrer Forderungen abfinden zu lassen, erklärt hatten, konnte und mußte zwar der Beklagte — dies ist der Revision zuzugeben — nicht mit Bestimmtheit voraussetzen, daß F. und der Kläger dieser von den Erlanger Gläubigern vorgeschlagenen Abmachung als der für sie günstigeren zustimmen werden. Der Berufungsrichter verkennt dies jedoch nicht, er findet die Vertragsverletzung seitens des Beklagten darin, daß derselbe am 5. Nov. die Forderungen der gedachten Gläubiger für eigene Rechnung

erworben hat, ohne zuvor den Kläger von dem Anerbieten der Gläubiger in Kenntnis zu setzen, und bevor feststand, ob Kläger und F. dieses Anerbieten nicht annehmen. Der Mandatar ist verpflichtet, so zu handeln, wie es der mutmaßlichen Absicht des Mandanten entspricht, er hat, wie in den Urteilsgründen zutreffend bemerkt ist, über Ausführung des Mandats, betreffendenfalls über die Unmöglichkeit der Ausführung dem Mandanten Auskunft zu geben und falls ihm gelingt, auf vorteilhaftere Weise für den Mandanten zu handeln, als der erhaltene Auftrag vorschrieb, so kommt dies dem Mandanten zu statten. In Anwendung dieser Grundsätze und in Hinblick auf den Zweck, welchen F. und der Kläger durch die Beauftragung des Beklagten erreichen wollten, konnte ohne Rechtsirrtum angenommen werden, daß Beklagter aus dem Mandat verpflichtet gewesen wäre, von dem Anerbieten der Erlanger Gläubiger, welches, wie sich Beklagter sagen mußte, von F. und dem Kläger als die für sie günstigere Abmachung mit diesen Gläubigern angesehen werden konnte, und nach der — wie sofort erwähnt werden wird — unanfechtbaren Feststellung in der That auch angenommen worden wäre, seinen Mandanten zu benachrichtigen.

2. Das proponierte Arrangement war nicht nur an die Voraussetzung des Beitritts sämtlicher Gläubiger, sondern auch an die weitere Voraussetzung der Freigabe der erforderlichen Anzahl der den Gläubigern zugesagten Partialobligationen geknüpft. Diese Freigabe ist erst am 7. November erfolgt, und es enthielt, wie die Revision nicht unzutreffend bemerkt, „der Abschluß vom 5. November" d. h. der Ankauf der Forderungen durch den Beklagten „ein Risiko, welches am 8. November infolge der inzwischen eingetretenen Verständigung über die Ausfolge der Partialobligationen weggefallen war." Nun stellt aber der Berufungsrichter, davon ausgehend, daß der Beklagte verpflichtet gewesen wäre, seinen Mandanten telegraphisch von dem Resultat seiner Unterhandlung mit den Erlanger Gläubigern zu benachrichtigen, fest:

„daß Kläger und F. auf das Anerbieten dieser Gläubiger

eingegangen wären, obwohl das Arrangement, das sie denselben anbieten ließen, noch an die doppelte Voraussetzung des Beitritts sämtlicher Gläubiger und der Freigabe der erforderlichen Anzahl von Partialobligationen geknüpft gewesen sei, daß F. zur definitiven Abfindung der Erlanger Gläubiger gegen das geringere Entgeld von 30 %, zu dessen sofortiger Zahlung er im Stand gewesen, damals sich herbeigelassen und daß Kläger zugestimmt haben würde."

Das Urteil enthält also die von der Revision vermißte Feststellung, daß Kläger und F. das Anerbieten der Erlanger Gläubiger bei rechtzeitiger Benachrichtigung schon vor Eintritt der beiden fraglichen Voraussetzungen angenommen haben würden.

VII.

Behändigung der Vollstreckungsbefehle des Vorstandes des Gemeindegerichts an den Schuldner (Ausf.-Ges. zur C.P.O. Art. 13 Abs. 7).

In einem Visitationsbescheid hat sich das Landgericht T. gegenüber dem Amtsgericht T. dahin ausgesprochen, daß die bloße „Behändigung" der von dem Vorstand des Gemeindegerichts erlassenen Vollstreckungsbefehle an den Schuldner nicht zulässig, sondern eine „förmliche Zustellung" — und zwar für die Stadt T. durch den amtsgerichtlichen Zustellungsbeamten — notwendig sei. Das Oberlandesgericht, welches von dem K. Justizministerium über diese Ansicht zur gutächtlichen Aeußerung aufgefordert wurde, gab dieselbe am 13. Juni 1890 dahin ab:

„daß der von dem Vorstand des Gemeindegerichts erlassene

Vollstreckungsbefehl vor dem Beginn der Zwangsvollstreckung aus demselben oder gleichzeitig mit diesem Beginn am Sitz des Gemeindegerichts durch einen Bediensteten der Gemeindebehörde gegen einfache Empfangsbescheinigung, bezw. im Weigerungsfall unter amtlicher Beurkundung der Uebergabe dem Schuldner zu behändigen, nicht aber durch den amtsgerichtlichen Zustellungsbeamten zuzustellen sei".

Diese gutächtliche Aeußerung, mit welcher sich das K. Justizministerium zufolge Erlasses vom 21. Mai 1890 einverstanden erklärte, stützt sich auf folgende Gründe:

„Nach Art. 13 Abs. 7 des Ausf.Ges. zur C.P.O. richtet sich die Zwangsvollstreckung aus gemeindegerichtlichen Vollstreckungsbefehlen nach den Bestimmungen der C.P.O. und jenes Gesetzes. Was nun zunächst die Bestimmungen der ersteren, soweit sie bei der Beantwortung der vorwürfigen Frage in Betracht kommen, anlangt, so darf die Zwangsvollstreckung aus einem (amtsgerichtlichen) Vollstreckungsbefehl nach § 703, 702 Z. 4 C.P.O. in entsprechender Anwendung der Vorschriften des § 671 Abs. 1 derselben über den Beginn der Zwangsvollstreckung aus einem rechtskräftigen oder vorläufig vollstreckbaren Endurteil nur beginnen, wenn der Vollstreckungsbefehl bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird. Diese Zustellung hat nach Maßgabe der Vorschriften des 2. Titels des 3. Abschnitts des ersten Buchs der C.P.O. über Zustellungen zu geschehen. Sie ist daher insbesondere in der daselbst bestimmten Form und durch die daselbst bezeichneten Organe, d. h. nach württembergischem Recht gemäß Art. 29 des Ausf.Gesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze durch den hier namhaft gemachten Zustellungsbeamten, also wenn es sich um eine Zustellung im Sinn des Abs. 2 des letzteren Artikels handelt, durch den dem Amtsgericht, dessen Vollstreckungsbefehl zuzustellen ist, beigegebenen Zustellungsbeamten vorzunehmen, und nicht durch den Gerichtsvollzieher, welcher nicht zugleich ständiger Zustellungsbeamter ist [1]). Die Bestimmungen der C.P.O. über Zustel-

1) Zu vergl. Dienstanw. für die Gerichtsvollzieher § 51 letzter Satz (neue Justizgesetzg. VI, 753).

lungen sind nun insbesondere bezüglich der dieselben besorgenden Organe und bezüglich der Form der Zustellung für das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vor den Gemeindegerichten und für das Mahnklag-(Schuldklag-)Verfahren vor dem Vorstand des Gemeindegerichts, welche beiden Verfahren in den Art. 3 bis 13 des Ausf.Ges. zur C.P.O. vielfach von den Vorschriften der letzteren abweichend geregelt werden, wesentlich abgeändert worden. Die Motive und der Kommissionsbericht zu dem Art. 7 jenes Gesetzes bemerken, daß man in Beziehung auf Ladungen und Zustellungen von den komplizierten Formen der C.P.O. abgesehen habe [1]). Nach dem citierten Art. 7 sind nämlich die Ladungen, sowie die schriftlichen Ausfertigungen der Entscheidungen der Gemeindegerichte, bei deren Verkündung die Partei, gegen welche die Entscheidung ergangen ist, abwesend und nicht vertreten gewesen ist (Art. 6 letzter Abs. S. 2), am Sitz des Gemeindegerichts von Amts wegen gegen einfache Empfangsbescheinigung, welche im Weigerungsfall durch die amtliche Beurkundung der Uebergabe ersetzt wird, zu behändigen, und zwar, wie die Motive zu Art. 7 besagen [2]), durch einen Bediensteten der Ortsbehörde. Ist jene Behändigung nicht ausführbar, so ist das Schriftstück der Partei durch Postsendung mit Behändigungsschein zu übermitteln, und wenn auch solches nicht möglich ist, so ruht das Verfahren, und es ist die Gegenpartei hievon zu benachrichtigen. Nach Abs. 2 des citierten Art. 7 sollen nur einige wenige Bestimmungen der C.P.O., welche sich auf die Person, welcher zuzustellen ist, den Ort der Zustellung, die sog. Ersatzzustellung und den Fall der grundlosen Verweigerung der Annahme der Zustellung beziehen, entsprechende Anwendung finden, woraus sich von selbst der Ausschluß der Anwendbarkeit der übrigen Bestimmungen der C.P.O. über die Zustellung ergibt. Demgemäß beginnt nach Art. 8 Abs. 2 die Notfrist für die Erhebung der Berufung auf den ordentlichen Rechtsweg gegen die gemeindegerichtliche Entscheidung im Fall des Art. 6 Abs. 8 letzter Satz mit der Behän-

1) Neue Justizgesetzg. l. c. S. 270, 303.
2) Neue Justizgesetzg. l. c. S. 270.

bigung der schriftlichen Ausfertigung der Entscheidung an die Partei. Desgleichen ergibt sich aus dem Art. 11, nach welchem die Zwangsvollstreckung aus gemeinderätlichen Urteilen und Vergleichen gemäß den Bestimmungen der C.P.O. und des Ausf.Gesetzes zu derselben erfolgt, daß an die Stelle der in § 671 Abs. 1 C.P.O. erwähnten Zustellung im Fall des Art. 6 Abs. 8 Satz 2 die oben angeführte Behändigung der schriftlichen Ausfertigung der Entscheidung tritt [1]). Endlich ist nach Art. 13 Abs. 3 der von dem Vorstand des Gemeindegerichts erlassene Zahlungsbefehl entweder mündlich zum Schuldklagprotokoll zu eröffnen oder in schriftlicher Ausfertigung zu behändigen und nach Abs. 4 jenes Artikels der Vollstreckungsbefehl dem Gläubiger zu behändigen. Aus vorstehenden Bestimmungen erhellt unzweifelhaft, daß das Ausführungsgesetz zur C.P.O. für das gemeindegerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und in Mahnklagsachen überhaupt keine Zustellung in der Form der C.P.O. durch einen gerichtlichen Zustellungsbeamten im Sinn des Art. 29 des Ausf.Ges. zum Gerichtsverf.Ges. kennt, sondern anstatt dieser Zustellung am Sitz des Gemeindegerichts die Behändigung durch einen Bediensteten der Gemeindebehörde gegen einfache Empfangsbescheinigung und außerhalb jenes Sitzes die in Abs. 3 des Art. 7 bestimmte Uebermittlung durch die Post gegen Behändigungsschein anordnet, soweit nicht die bloße Verkündung der Entscheidung genügt (Art. 6 Abs. 8, Art. 7 Abs. 1, Art. 8 Abs. 2, Art. 11), bezw. der Zahlungsbefehl mündlich zum Schuldklagprotokoll eröffnet worden ist (Art. 13 Abs. 3). Daß es sich bei der Ausschließung der Vermittlung jenes Zustellungsbeamten um eine einheitliche Regelung für das erwähnte Verfahren gehandelt habe, muß auch deshalb angenommen werden, weil die Thätigkeit eines solchen Beamten, welcher einem bestimmten Gericht beigegeben ist, in dem Verfahren vor einem andern Gericht, welchem er nicht beigegeben ist, eine offenbare Regelwidrigkeit enthalten würde.

---

1) Mot. zu Art. 11 (l. c. S. 272).

Die Eingangs erwähnte Bestimmung des Art. 13 Abs. 7 des Ausf.Ges. zur C.P.O. ist daher ebenso, wie die entsprechende Bestimmung des Art. 11 S. 1 dieses Gesetzes bezüglich der Zwangsvollstreckung aus gemeindegerichtlichen Entscheidungen und Vergleichen, dahin zu verstehen, daß die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung auf gemeindegerichtliche Vollstreckungsbefehle nur insoweit Anwendung finden, als sie durch jenes Ausführungsgesetz nicht abgeändert worden sind. Dies ist aber dem Ausgeführten zufolge der Fall bezüglich der Zustellung des Vollstreckungsbefehls in der in der C.P.O. vorgeschriebenen Form durch einen Zustellungsbeamten im Sinn des Art. 29 des Ausf.Ges. zum Gerichtsverf.Ges. vor dem Beginn der Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungsbefehl oder gleichzeitig mit diesem Beginn, sofern an die Stelle gedachter Zustellung bei dem gemeindegerichtlichen Vollstreckungsbefehl die Behändigung nach Maßgabe der Vorschriften des Ausf.Ges. zur C.P.O. zu treten hat.

Die Obigem zufolge bei den gemeindegerichtlichen Entscheidungen unter Umständen genügende Verkündung kommt bei einem Vollstreckungsbefehl nicht in Betracht, da dieser stets ohne vorgängige mündliche Verhandlung zu erlassen und daher nicht zu verkünden ist (C.P.O. § 294 Abs. 1). Ebenso wenig kann wohl von der mündlichen Eröffnung des Vollstreckungsbefehls zum Schuldklagprotokoll die Rede sein, da das Ausf.-Ges. in Art. 13 Abs. 3 eine solche Eröffnung auf den Zahlungsbefehl beschränkt und in Abs. 4 dieses Artikels nur die Behändigung des Vollstreckungsbefehls an den Gläubiger vorgeschrieben ist.

Noch mag darauf hingewiesen werden, daß durch die Anwendung der Vorschriften der C.P.O. über jene Zustellung auf den gemeindegerichtlichen Vollstreckungsbefehl die Anomalie entstehen würde, daß derselbe zum Zweck der Einleitung der Zwangsvollstreckung in anderer Weise zugestellt werden müßte, als Obigem zufolge das gemeindegerichtliche Endurteil, während doch der Vollstreckungsbefehl nach § 640 C.P.O. einem für vorläufig vollstreckbar erklärten, auf Versäumnis erlassenen

Endurteil gleich steht und daher nach der C.P.O. für die Zustellung des Vollstreckungsbefehls behufs der Zwangsvollstreckung dieselben Grundsätze gelten, wie für die Zustellung des Endurteils zu gedachtem Zweck."

VIII.

Ist unter „Antrag" in Nr. 3 des § 300 C.P.O. auch der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit mitinbegriffen *)?

Von

Hilfsrichter Gmelin in Stuttgart.

Daß dem Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils beim Ausbleiben des Beklagten[1]) nicht entsprochen werden kann, falls dieser Antrag nicht rechtzeitig dem Gegner mittels Schriftsatzes[2]) zugestellt war (C.P.O. § 300 Nr. 3),

*) Vorbemerkung. — Der Kommentar von Gaupp ist nach der ersten Auflage citiert. In den (nach Uebergabe des Manuskripts an die Redaktion erschienenen) Lieferungen 4 und 5 des I. Bands der 2. Aufl. behandelt Gaupp hieher einschlägige Fragen in Uebereinstimmung mit den nachstehend vertretenen Ansichten in Bem. III. zu § 300 (S. 619 Anm. 19) und Bem. II zu § 269. — Die beiden Citate aus Busch's Zeitschrift Band 14 (vergl. Anm. 3 zu S. 240 a. E. und Anm. 6 zu S. 245 a. E.) sind nachträglich beigefügt worden.

1) Darüber, daß klagabweisende Urteile nicht für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind, vergl. Seuffert, Komm., 4. Aufl., Anm. 3b zu § 648.

2) Der Zustellung mittels Schriftsatzes ist der Fall gleichzustellen, wenn der Beklagte durch den mündlichen Vortrag des Gegners in einer früheren Verhandlung Kenntnis von dem betreffenden Antrag erhalten hatte. Wach, Vorträge S. 139, Seuffert, Komm. 4. Aufl. Anm. 6 zu § 300; a. A. Gaupp, Komm. II. Bem. II. zu § 297; Hellmann, Lehrbuch S. 625 ff.; vergl. auch Busch's Zeitschrift Band VIII. S. 521 ff.

wird in der Praxis der deutschen Gerichte wohl überwiegend angenommen [1]). Dies wird um so unbedenklicher vermutet werden dürfen, als noch Oesterlen in einem unsere Frage behandelnden Aufsatz im II. Band dieser Zeitschrift (S. 102 ff.) eine „seltene Uebereinstimmung" der Kommentatoren in dieser Richtung konstatieren konnte. Neuerdings haben sich indessen zwei der hervorragendsten Kommentatoren, nämlich Seuffert und Struckmann-Koch [2]), für die entgegengesetzte Ansicht, wonach der erwähnte Antrag der vorgängigen Zustellung an den Gegner nicht bedürfen soll, ausgesprochen, und es sind als Anhänger dieser Meinung außer Oesterlen und den von ihm S. 103 Note 2 angeführten Autoren [3]) noch zu nennen Hellmann (Lehrbuch des Civilprozesses S. 807), Troll (das Versäumnisurteil, 1887. S. 57), sowie Fischer (im Archiv f. d. Civ. Praxis, Band 70 S. 345).

Diese Sachlage, sowie die praktische Wichtigkeit der Frage läßt eine erneute eingehende Begründung der herrschenden Lehre als angezeigt erscheinen.

I. Der Entwurf einer Reichscivilprozeßordnung fand hinsichtlich der Vollstreckbarkeit der Urteile zwei verschiedene Systeme als geltendes Recht in Deutschland vor. Das gemeine und das altländisch-preußische Recht sowie die Mehrzahl der neuen Prozeßgesetze [4]) und Entwürfe stellten als Erfordernis der Vollstreckbarkeit für die Regel die Rechtskraft auf, während nach französischem Recht, welchem die bayerische Prozeßordnung von 1869 gefolgt war, die Exekution

1) Ausdrücklich bezeugt ist es für die K. sächsischen Gerichte von Tränkner (s. Anm. 3) S. 259 Note 2, und für die bayerischen Gerichte von Obermeyer und Klein (s. Anm. 3) S. 258 und S. 401.

2) Der erstere in der 4. Aufl. seines Kommentars, Note 2 zu § 653, die letzteren in der 5. Aufl. Note 2 zu § 653.

3) Brettner in Busch's Zeitschrift für Civilprozeß Bd. I S. 237 ff., Tränkner daselbst Band VII S. 257 ff., Obermeyer in den Blättern für Rechtsanwendung zunächst in Bayern Band 47 S. 258 ff. (gegen diesen Klein eod. S. 401 ff.).

4) Darunter auch die württemb. Civilprozeßordnung von 1868. Art. 642, 682.

schon vor dem Ablauf der Fristen für die ordentlichen Rechtsmittel zulässig war [1]).

Der Entwurf entschied sich für das erstere System. So lange ein Urteil der Anfechtung mittels der ordentlichen Rechtsmittel unterliege — bemerken die Motive zu §§ 597, 598 [2]), — könne dasselbe „ohne unnatürliche Fiktion noch nicht als definitive Entscheidung angesehen werden, weshalb es nicht angemessen erscheine, die zwangsweise Vollstreckung desselben als Regel aufzustellen" [3]).

Indessen glaubte doch der Entwurf einer teilweisen Zulassung der Vollstreckung noch nicht rechtskräftig gewordener Urteile nicht entraten zu können [4]). Das bestimmende Motiv hiefür lag nach der von dem Reichskommissär von Amsberg in der Reichsjustizkommission abgegebenen Erklärung in der Besorgnis, es möchte mit der Beseitigung der Eventualmaxime und bei der unbedingten Gestattung der Berufung und des Novenrechts die erste Instanz zu einer bloßen Versuchsstation herabgedrückt werden; es sollte durch die Zulassung der vorläufigen Vollstreckbarkeit in milderer Form dasselbe erreicht

---

1) Vergl. Motive zu §§ 597—656 des Entw. Ziff. II (S. 387, 388). (Hahn, Materialien S. 421).

2) l. c. S. 393 (Hahn, S. 425).

3) Das einer Nachprüfung in höherer Instanz unterliegende Urteil ist — wie Savigny System VI S. 297 sagt — „nur der Versuch eines Urteils", „einer der vielen Schritte im Laufe des Prozesses, die zu einem bleibenden Urteil zu führen bestimmt sind." — „Der Natur der Berufung entspricht es am meisten, wenn, soweit dieses Rechtsmittel ordentlicher Weise noch eingewendet werden kann, das streitige Rechtsverhältnis in unverändertem Stande belassen bleibt." Motive zu Art. 687—694 des Entw. der württemb. C.P.O. (Neue Just.-Ges.-Gebg. Band II. Abt. III. S. 174, 175).

4) Das gemeine Prozeßrecht kannte nur einzelne Fälle vorläufiger Vollstreckbarkeit im Sinne der C.P.O., insbesondere trat solche ein bei Besitzstreitigkeiten und in Wechsel- und sonstigen mit parata executio versehenen Sachen. Wetzell, System, 3. Aufl., § 55 zu Note 29—32. — Von deutschen Prozeßordnungen, welchen die vorläufige Vollstreckbarkeit bekannt war, sind hervorzuheben die hannöversche von 1850, bes. § 409, und die württembergische, Art. 684 ff., 602, 836, 865, 874.

werden, was in andern Gesetzgebungen durch eine Beschränkung der Berufung bezweckt wurde [1]).

Keineswegs jedoch verhehlte man sich, welche Gefahren das angenommene Prinzip für den Beklagten in sich berge. Bezeichnete es doch der Abgeordnete Bähr als einen Hohn auf das Recht, wenn der Beklagte zwar in letzter Instanz obsiege, aber doch das auf Grund der vorläufigen Vollstreckbarkeit Geleistete nicht wieder erhalte [2]).

Die Bestimmungen des § 653 C.P.O., wonach der Antrag, das Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, in der mündlichen Verhandlung zu stellen ist, — des § 654, wonach beim Unterlassen einer Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit das Urteil nur gemäß § 292, also nach neuer mündlicher Verhandlung [3]), ergänzt werden kann, — des § 656, wodurch dem Beklagten die Möglichkeit einer selbständigen Anfechtung der Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit mittels der Berufung eröffnet ist [4]), sie alle [5]) zeigen deutlich,

1) Kommissionsprotokolle S. 336 (Hahn l. c. S. 797 f.); vergl. daselbst S. 730 (Hahn S. 1129 oben).

2) l. c. S. 338 (Hahn l. c. S. 799). Allerdings war zur Zeit dieser Aeußerung die Bestimmung des § 655 Abs. 2 C.P.O. noch nicht aufgenommen, dieselbe gelangte vielmehr erst nachher in derselben Sitzung auf Grund eines Antrags des Abgeordneten von Forcade de Biaix zur Annahme (l. c. S. 343, Hahn l. c. S. 803). Immerhin trifft jene Bemerkung auch jetzt noch in beschränktem Umfang zu. Insbesondere kommt in Betracht, daß auf Grund des § 655 Abs. 2 der Beklagte nur das Geleistete — ohne Zinsen, Entsch. d. R.G., Band 21 S. 404 — zurückerhält und bezüglich der Ausgleichung eines etwa erwachsenen Schadens auf einen besonderen Prozeß mit zweifelhaften Erfolg — cf. Protokolle l. c. und insbesondere Entsch. des R.G. Band 11 S. 415 ff. — verwiesen ist.

3) wobei der Schuldner alle seine Rechte nach §§ 651, 652 geltend machen kann. Gaupp, Komm. Band III, zu § 654 a. E.

4) cf. Motive zu § 608 d. Entw. S. 399, 400 (Hahn S. 430), wo eine Bestimmung des Inhalts, daß die Berufung nur zugleich mit der Anfechtung in der Hauptsache zulässig wäre (so z. B. württ. C.P.O. Art 686) abgelehnt wird; Gaupp, Komm. Bem. I zu § 656 (vgl. S. 240, A. 3 Z. b).

5) Außerdem noch das gemäß § 652 dem Beklagten unter Umständen gewährte Recht zu cavieren.

wie dem Gesetzgeber der Schutz des Beklagten gegenüber dem zweischneidigen Schwert der vorläufigen Vollstreckbarkeit am Herzen gelegen ist. Diese Absicht erhellt auch aus den Motiven [1]) und noch deutlicher aus den Verhandlungen der Justizkommission.

In der letztern stellte nämlich der Abgeordnete Dr. Bähr einen Antrag, welcher dahin zielte, noch nach Erlaß des Urteils auf einseitigen Antrag des Klägers und ohne Gehör des Schuldners einen gerichtlichen Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit zu ermöglichen. Dieser Antrag wurde abgelehnt. Bei der Debatte über denselben führte der Abgeordnete Klotz aus: durch die Bestimmung des § 605 des Entw. (§ 653 C.P.O.) habe der Schuldner die beste Gelegenheit, sich sofort gegen den Antrag auszusprechen und dem Richter das erforderliche Material zu unterbreiten, um die Frage zu seinen Gunsten zu entscheiden. Der Reichskommissar von Amsberg äußerte bezüglich des Bähr'schen Antrags: derselbe stehe im schroffen Gegensatz zu dem System des Entwurfs, der selbst in viel unwichtigeren Fällen das Gehör des Gegners erfordere [2]).

Nun beruht aber, wie keines weitern Nachweises bedarf, auch die Vorschrift des § 300 Nr. 3 gerade auf dem Gedanken, daß dem nicht erschienenen Beklagten, soll er kontumaziert werden, Gelegenheit zu seiner Verteidigung durch Bekanntmachung des klägerischen Begehrens gegeben sein muß.

Läßt man also die Aufnahme der vorläufigen Vollstreckbarkeit in das gegen den Beklagten ergehende Versäumnisurteil auch dann zu, wenn der Beklagte gar nicht wußte, daß ein diesbezüglicher Antrag in der mündlichen Verhandlung werde gestellt werden, so läuft dies darauf hinaus, daß im Widerspruch zu dem offen am Tage liegenden Willen der gesetzgebenden Faktoren dem Richter gestattet wird, den Ausspruch der vorläufigen Vollstreckbarkeit ohne Gehör des Beklagten ergehen zu lassen.

II. Ist somit nachgewiesen, daß der den einschlagenden

1) Vergl. S. 240 A. 3.

2) Kommissionsprotokolle S. 341, 342 (Hahn l. c. S. 801 f).

Bestimmungen der C.P.O. zu Grunde liegenden Tendenz die gegnerische Ansicht nicht entspricht, so fragt es sich, ob dieselbe etwa sonstige überzeugende Gründe für sich anzuführen hat.

1. Ihren Hauptstützpunkt bildet der Satz [1]): der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit gehöre zu den prozessualen Anträgen, letztere aber (insbesondere der Antrag auf das Versäumnisurteil selbst) [2]) bedürfen der vorherigen Zustellung nicht.

Daß nun der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit, weil auf Zwangsvollstreckung, also einen Teil des Civilprozeßrechts, sich beziehend, ein inhaltlich prozessualer ist, steht fest, und es mag zugegeben werden, daß rein prozessuale Anträge, z. B. der Antrag auf Vertagung, durch § 300 Nr. 3 nicht betroffen werden. Ebenso gewiß ist aber, daß die für die Auslegung der C.P.O. in mehrfacher Richtung [3]) bedeutsame Einteilung der Anträge in prozessuale und Sachanträge keineswegs zusammenfällt mit den Begriffen: Anträge prozessualen und materiellrechtlichen Inhalts [4]). In der C.P.O. finden sich bekanntlich mehrfach Klagen statuiert, denen keine civilrechtlichen Ansprüche zu Grunde liegen, z. B. die Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde (§ 231) [5]), die Klage auf Vollstreckungsurteil (§ 660) [6]), auf Erteilung der

1) Tränkner l. c. S. 265 ff.; Oesterlen S. 106 ff; Seuffert Komm. 4 Aufl. Note 2 zu § 653, verb. mit Note 1 zu § 269.

2) Von diesem Antrag wird unten (II. 3) gehandelt werden. Hier soll nur bemerkt werden, daß aus der Analogie mit diesem Antrag schon deshalb keine Konsequenzen gezogen werden können, weil die C.P.O. bekanntlich auf dem Standpunkt steht, daß es einer vorherigen Androhung der Versäumnisfolgen nicht bedarf. Vergl. Motive S. 168 Ziff. 2. S. 169 zu § 202 a. A. (Hahn S. 243, 244).

3) Z. B. in §§ 121 Nr. 3, 128, 230 Nr. 2, 269.

4) Diese Verwechslung liegt den Oesterlen'schen Ausführungen zu Grunde; auch Tränkner ist nicht ganz frei von dieser Auffassung (s. namentlich S. 267).

5) Bei dieser Klage handelt es sich lediglich um einen Rechtsstreit über ein Beweismittel. Wilmowski-Levy, Kommentar, 4. Aufl. Anm 2 zu § 231 (S. 329).

6) Als Gegenstand dieser Klage erscheint nicht der ursprüngliche Gegenstand des Rechtsstreits, sondern nur der Anspruch auf Vollstreckung. Gaupp, Komm., Band III Bem. III zu § 660.

Vollstreckungsklausel (§ 667), die Klage wegen zu Unrecht erteilter Vollstreckungsklausel (§ 687). In allen diesen Fällen sind prozessuale Fragen zum Gegenstand eines Rechtsstreits gemacht und es entsprechen diesen Klagen Klaganträge (also Sachanträge) nicht materiellrechtlichen Inhalts.

Schon von Fitting [1]) ist darauf hingewiesen worden, daß nach der C.P.O. derselbe Antrag bald ein prozessualer, bald ein Sachantrag sein kann; er führt nämlich an, daß rein prozessuale Anträge, z. B. der Antrag auf Zulassung eines Beweismittels oder auf Anordnung der Vorlegung einer Urkunde von Seite des Gegners in einem darüber entstehenden Zwischenstreit als Sachanträge erscheinen, und es ist in dieser Hinsicht noch hinzuweisen auf die wichtigen Fälle, wenn über die Anträge auf Arrest oder einstweilige Verfügung die mündliche Verhandlung angeordnet wird, wodurch diese — an sich prozessualen — Anträge zu Sachanträgen werden, weshalb in diesen Fällen auch die Fiktion des Zugeständnisses (§ 296), sowie § 300 Nr. 3 Anwendung findet [2]).

Maßgebend ist also nicht der Inhalt des Gesuchs, sondern die Form, in welcher dasselbe seine Erledigung findet.

Man wird daher die Fitting'sche [3]) Definition adoptieren können, wonach Sachanträge sind „diejenigen (in obligatorischer mündlicher Verhandlung zu stellenden) Anträge, welche sich auf den Inhalt einer zur Beendigung des Hauptstreits oder eines Zwischenstreits begehrten sachlichen Entscheidung beziehen."

---

1) In Busch's Zeitschrift Band VII S. 240, 241.

2) Gaupp, Komm. III., Bem. I. zu § 801, Bem. I zu § 802, Bem. III zu § 816.

3) l. c. S. 240. Mit Fitting stimmt sachlich überein Wilmowski-Levy Anm 2 zu § 269. — An Stelle der Fitting'schen Definition könnte man vielleicht die kürzere setzen: „Diejenigen Anträge, welche sich auf den Inhalt eines End- oder Zwischenurteils beziehen." — Vergl. Seuffert, Komm. 4. Aufl. Anm. 1 zu § 269: „diejenigen Anträge, durch welche der Kläger .... dem Gericht erklärt, welches Urteil er verlangt." Vergl. auch E. des R.G. Bd. 10 S. 392: die Anträge sollen nach den Motiven — den Tenor der vom Antragsteller erbetenen Entscheidungen (die petita) enthalten.

Diese Definition schließt auch den die vorläufige Vollstreckbarkeit betreffenden Antrag ein, denn nach § 653 kann derselbe nur in der mündlichen Verhandlung gestellt werden und die Verfügung der vorläufigen Vollstreckbarkeit bildet, wie bekannt, einen Teil des Endurteils [1]).

Dieses Ergebnis findet auch in den Motiven eine schlagende Bestätigung. Denn hier werden die an sich anomalen Bestimmungen der §§ 653, 654, 656 [2]) prinzipiell darauf zurückgeführt, daß die vorläufige Vollstreckbarkeit als ein Teil des Streitgegenstandes erscheinen soll [3]).

1) Entsch. d. R.G. Bd. 20 S. 424.

2) Vergl. oben S. 236.

3) Es mag erlaubt sein, diese für die Entscheidung obiger Streitfrage, wie für die ganze Lehre der vorläufigen Vollstreckbarkeit wichtigen und zu wenig beachteten Stellen der Motive hier in extenso wiederzugeben.

a) Motive S. 388 Ziff. III. (Hahn S. 421): „Für die prozessualische Behandlung der vorläufigen Vollstreckbarkeit standen zwei Wege offen. Nach deutschem Recht schweigt, wie als Regel angenommen werden darf, das Urteil über seine etwaige provisorische Exekutionsfähigkeit, vielmehr wird erst nachträglich in Form eines Exekutionsgesuchs von dem Exekutionsrichter geprüft, ob der Fall einer Ausnahme vorliegt. Die Entscheidung hierüber unterliegt aber nicht selten erheblichen Zweifeln, zumal in den Fällen, in welchen sie von besonderen thatsächlichen Würdigungen abhängt (z. B. ob Gefahr im Verzug sei und dgl.).

Es ist nicht korrekt, diese Entscheidung dem Richter der Hauptsache zu entziehen, dieselbe *sogar auf einseitigen Antrag* ergehen oder über die vorläufige Vollstreckbarkeit einen zweiten Prozeß dem ersten nachfolgen zu lassen. Weit angemessener und dem Interesse der Parteien entsprechender ist es, bei der Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache auch die Frage der vorläufigen Vollstreckbarkeit zum Austrage zu bringen; der Richter der Hauptsache ist bei Erlaß des Endurteils bereits mit der ganzen Sache befaßt und am besten in der Lage, auch über die vorläufige Vollstreckbarkeit zu entscheiden, für und gegen welche die Parteien *ihre etwaigen besonderen Ausführungen* zu machen haben. Die vorläufige Vollstreckbarkeit wird also, wenn sie infolge eines gestellten Antrags oder bei gewissen Urteilen kraft Gesetzes überhaupt in Frage kommt, *als ein Teil des Streitgegenstands selbst behandelt*; das Endurteil muß seine vorläufige Vollstreckbarkeit aussprechen oder verneinen; die Uebergehung der Entscheidung findet dementsprechend im Wege der Ergänzung des Urteils Abhilfe."

Es ist demgemäß der hier behandelte Antrag, wie die oben S. 238, 239 angeführten Anträge, nach dem System der C.P.O. zu bezeichnen als inhaltlich prozessualer, formell sachlicher Antrag. Er stellt sich formell dar nicht als ein auf eine Zwangsvollstreckungsmaßregel bezügliches Gesuch, sondern als ein Antrag, welcher bezweckt die Zuerkennung der vom Kläger in Anspruch genommenen Befugnis, das Urteil vor eingetretener Rechtskraft vollstrecken zu dürfen [1]).

Die Behandlung der vorläufigen Vollstreckbarkeit als eines Teiles des Streitgegenstands übt hienach auf den sie betreffenden Antrag die Rückwirkung aus, daß derselbe als Sachantrag [2]) erscheint. Oder wäre es nicht in eine unerträgliche Konsequenz, wenn ein Teil der auf den Streitgegenstand selbst bezüglichen Anträge als Sach-, ein anderer Teil als prozessuale Anträge bezeichnet werden müßte? Und sollte wirklich in dem Fall, wenn die Berufung vom Kläger lediglich zum Zweck der Erreichung der vorläufigen Vollstreckbarkeit erhoben ist [3]), der allein zu stellende Berufungsantrag: das in I. Instanz erlassene Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, ein bloß „prozessualer" genannt werden?

Uebrigens entbehrt der von den Gegnern aufgestellte Satz (vergl. S. 238 Ziff. 1) jeder Stringenz. Denn da die C.P.O. selbst der Bestimmung des § 300 Nr. 3 den Unterschied zwischen prozessualen und Sachanträgen nicht zu Grunde

b) Vergl. ferner das. zu § 608 des Entw. S. 399 (Hahn S. 430): „Eine Konsequenz der prozessualischen Behandlung der Vollstreckbarkeitserklärung ist es, daß die Vollstreckbarkeit, auch abgesehen von der Hauptsache, einen selbständigen Gegenstand für die Rechtsmittel bildet. — Die Zulässigkeit der Rechtsmittel soll namentlich auch von der Einlegung eines Rechtsmittels in der Hauptsache unabhängig sein" u. s. w. Vergl. außer der S. 240 Note 1 cit. Entsch. des R.G. jetzt auch Busch Zeitschrift Bd 14 S. 155.

1) Es findet gleichsam ein Streit darüber statt, ob eine wirksame obligatio ex judicato (l. 8 § 3 D. de nov. 46. 2) für den Beklagten schon vor eingetretener Rechtskraft des zu erlassenden Urteils konstituiert werden solle.

2) So auch Reincke, Kommentar zu § 653 C.P.O. (S. 577).

3) Vergl. S. 236 Anm. 4.

legt, dürfte jene These erst aufgestellt werden, nachdem zuvor erwiesen wäre, daß alle prozessualen Anträge vorheriger Zustellung nicht bedürften; nicht ist es zulässig, aus jenem Satz als einer von vornherein feststehenden Prämisse einen Schluß auf die einzelnen Anträge zu ziehen [1]). Wäre daher die hier vertretene Ansicht, daß der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit ein Sachantrag sei, nicht richtig, so würde sich eben die Aufstellung der Behauptung, § 300 Nr. 3 beziehe sich auf prozessuale Anträge nicht, in dieser Allgemeinheit nicht rechtfertigen lassen [2]).

2. Ein weiteres Argument der Gegner ist folgendes: der vorherigen Zustellung gemäß § 300 Nr. 3 bedürfe nur dasjenige klägerische Vorbringen, auf welches das Prinzip der affirmativen Litiskontestation zutreffe, d. h. welches beim Ausbleiben des Gegners als zugestanden angesehen werden könne. Dies treffe aber bezüglich des Antrags auf vorläufige Vollstreckbarkeit nicht zu [3]).

Dieser Behauptung wird eine besondere Stütze gegeben in der angeblich allgemein anerkannten Thatsache, daß es nach § 650 einer Glaubhaftmachung auch im Fall des Ausbleibens des Beklagten bedürfen soll [4]).

Diese ganze Deduktion ist unrichtig.

Es ist ihr zunächst entgegenzuhalten, daß sie in unstatthafter Weise die beiden Seiten des Prinzips der Fiktion der bejahenden Klagbeantwortung auseinanderreißt. Dieses Prinzip schließt nämlich außer der Fiktion des Geständnisses noch die negative

1) Vergl. auch Fitting l. c. S. 242: „in welcher Bedeutung der Ausdruck („Antrag") im einzelnen Fall zu nehmen sei, läßt sich nur aus dem Zusammenhang beurteilen."

2) während diese Behauptung von dem hier vertretenen Standpunkt aus einem Bedenken nicht unterliegt.

3) Tränkner S. 270, Obermeyer S. 259, Troll S. 91. Seuffert, Komm. Anm. 1 zu § 654, selbst Klein (obgleich zu den Anhängern der herrschenden Ansicht gehörig) S. 402 räumt dies ein.

4) Tränkner S. 268, 269, Obermeyer l. c, Oesterlen S. 109, Seuffert Anm. 2 zu § 653, Troll S. 57, dagegen Klein S. 402 Anm. *.

Folge in sich, daß der Beklagte aller Einreden und Gegenanträge verlustig wird [1]). Daß letzteres auch bei dem Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit zutrifft, ist gewiß [2]) und schon deshalb der oben angeführte Satz der Gegner unzutreffend.

Aber auch die Fiktion des Geständnisses ist hier anwendbar.

a) Regelmäßig wird allerdings bei der Kongruenz der Nr. 1—4 des § 649 C.P.O. mit Nr. 1 und Nr. 2 Abs. 2—4 des § 23 G.V.G. die Fiktion des Zugeständnisses bezüglich des zur Begründung des Antrags auf vorläufige Vollstreckbarkeit erforderlichen thatsächlichen Vorbringens nicht hervortreten. In Wahrheit wird aber auch in diesen Fällen die Verfügung der vorläufigen Vollstreckbarkeit aufgebaut auf die zur Begründung der Kompetenz vorgebrachten und gemäß § 296 als zugestanden zu erachtenden Thatsachen.

Dies zeigt sich deutlich, wenn man etwa folgenden Fall annimmt, wo die gedachte Kongruenz nicht vorliegt: Ein Gastwirt in Stuttgart klagt gegen einen in dieser Stadt in einer Privatwohnung wohnenden Kaufmann eine Wirtszeche von 301 M. bei dem Amtsgericht in Stuttgart ein, indem er zugleich in der Klage einen Prorogationsvertrag (§ 38 C.P.O.) behauptet; die Klage ist fehlerlos, schlüssig, auch rechtzeitig zugestellt. In der mündlichen Verhandlung bringt nun Kläger beim Ausbleiben des Beklagten — ohne vorgängige Zustellung dieses Antrags und seiner thatsächlichen Begründung — den Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit vor, mit der Motivierung: Der Beklagte, von welchem er (Kläger) bisher geglaubt habe, er habe seinen dauernden Wohnsitz in Stuttgart, halte sich nur vorübergehend als Geschäftsreisender daselbst auf (§ 649 Nr. 3).

Es ist nicht abzusehen, warum hier im Fall rechtzeitiger Mitteilung dieses Vorbringens an den Beklagten dasselbe nicht gemäß § 296 C.P.O. als zugestanden angesehen werden sollte — oder will behauptet werden, daß hier eine Offizialprüfung einzutreten habe? — Läßt man aber die Anwendung des

1) Vergl. Motive S. 232 (Hahn S. 296 oben), Tränkner S. 262.

2) Man denke namentlich an den Gegenantrag gemäß § 651 C.P.O.

§ 296 zu, so folgt von selbst, daß auch § 300 Nr. 3 zutrifft.

b) Ganz ebenso verhält es sich mit der Glaubhaftmachung gemäß § 650 C.P.O. [1]).

Von andern Fällen der Glaubhaftmachung unterscheidet sich der § 650 in wesentlicher Weise dadurch, daß dieselbe hier zu erfolgen hat in obligatorischer mündlicher Verhandlung (§ 653). Die Sache liegt also ebenso, wie wenn über ein Arrestgesuch die mündliche Verhandlung angeordnet ist.

In diesem Fall aber ist es so gut wie unbestritten, daß die Fiktion des Zugeständnisses bezüglich der zur Glaubhaftmachung des Arrestgrunds und des Anspruchs geltend gemachten Thatsachen Platz greift [2]).

Der Schutz, welcher für den Gegner in anderen Fällen der Glaubhaftmachung darin gelegen ist, daß dem Richter Offizialprüfung der vom Antragsteller geltend gemachten Thatsachen zur Pflicht gemacht wird, ist beim Stattfinden obligatorischer mündlicher Verhandlung dahin verlegt, daß dem Beklagten die Möglichkeit der Verteidigung in der mündlichen Verhandlung eröffnet ist. Macht er von diesem Recht keinen Gebrauch, so treten die Kontumazialfolgen ein. Vorausgesetzt

---

1) Daß, wenn das sub a. Gesagte zutreffend ist, bezüglich der Glaubhaftmachung dasselbe gelten muß, liegt auf der Hand. Denn wird der volle Beweis durch die Fiktion des Geständnisses ersetzt, so muß dies noch vielmehr der Fall sein bezüglich des unvollständigen Beweises, nämlich der Glaubhaftmachung. Allerdings findet sich in den Motiven zu §§ 601 bis 606 des Entw. S. 399 (Hahn S. 429) die Aeußerung:

„Die Vorschriften der §§ 601, 602 (= §§ 648, 650 C.P.O.) machen keinen Unterschied, ob das vorläufig zu vollstreckende Urteil auf kontradiktorische Verhandlung oder auf Ungehorsam ergeht.

Eine Partei, welche sich auf den Rechtsstreit nicht einläßt, verdient nicht mehr Rücksicht, als diejenige, welche sich verteidigt und unterliegt.“ — Hiemit ist aber in keiner Weise darüber entschieden, auf welchem Wege beim Ausbleiben des Beklagten die Glaubhaftmachung zu erfolgen hat.

2) Gaupp, Komm. Bd. III. Bem. I zu § 802 (S 463); Wilmowski-Levy, Anm. 1 zu § 802 (S. 1007 der 4. Aufl.).

aber ist, daß er wissentlich versäumt hat [1]), und wissentliche Versäumnis darf nur insoweit angenommen werden, als dem Beklagten bekannt war, was Kläger in dem Versäumungstermin begehren werde.

Dem Ausgeführten zufolge findet also auch die Geständnisfiktion bezüglich des Antrags auf vorläufige Vollstreckbarkeit, und insbesondere bezüglich der Glaubhaftmachung gemäß § 650 Anwendung [2]).

3. Was das Verhältnis des Antrags auf vorläufige Vollstreckbarkeit zu dem Antrag auf Versäumnisurteil betrifft [3]), so ist hierüber folgendes zu bemerken:

Der letztgenannte Antrag ist nichts anders, als die (gemeinrechtlich immer [4]), nach § 209 C.P.O. nur ausnahmsweise) zur Realisierung der Versäumnisfolgen erforderliche accusatio contumaciae, wofür die Motive mehrfach [5]) den zutreffenden deutschen Ausdruck „Ungehorsamsbeschuldigung" verwenden [6]).

---

1) Vergl. auch § 302 C.P.O., als dessen ratio zu bezeichnen ist, daß Kontumazierung da nicht eintreten soll, wo die Versäumnis als eine gewollte nicht anzusehen ist.

2) Eine wichtige Konsequenz bezüglich der Rechtsmittel siehe unten S. 247 Anm. 4.

3) Vergl. Tränkner S. 261—265, welcher einen Nachweis dafür erbringen zu müssen glaubt, daß der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit nicht identisch mit dem Antrag auf Versäumnisurteil sei; Oesterlen S. 107 Abs. 3.

4) Wetzell, System S. 621.

5) S. 168 Ziff. 3, S. 170 (Hahn S. 243, 245). Vergl. Gaupp, Komm. Anm II. 2 zu § 209.

6) Der Ausdruck in § 296: „beantragt der Kläger das Versäumnisurteil", konnte deshalb gewählt werden, weil die Realisierung der Versäumnisfolgen im Fall des § 296 eben nur im Weg des Endurteils erfolgen kann. — Daß die Terminologie der C.P.O. nicht glücklich ist, geht aus den in Note 3 S. 245 erwähnten Ausführungen Tränkner's, sowie aus dem Umstand hervor, daß die Behauptung hat aufgestellt werden können (von Seuffert), daß der Antrag auf kontradiktorisches Urteil den Antrag auf Versäumnisurteil in sich schließe (cf. Troll S. 64, 65), (Seuffert hat in der 4. Aufl. Anm. 3 zu § 298 diese Ansicht zurückgenommen). — In § 295, ebenso in § 318 Abs. 2 u. § 430, ist der farblose Ausdruck: „auf Antrag" gebraucht; in Wirklichkeit liegt nur eine Parteier-

Dieser Antrag gehört aus dem Grunde nicht zu den Sachanträgen, weil er sich nicht auf den Inhalt des zu erlassenden Urteils bezieht, welches bekanntlich einen Ausspruch über die Versäumnisfolgen nicht enthält, bei welchem vielmehr die Thatsache der vorliegenden Versäumnis nur als Erwägungsgrund zu dienen hat [1]).

Es erscheint demnach als zutreffend, diesen Antrag, welcher darauf hinzielt, die prozeßleitende Thätigkeit des Richters in der Richtung auf die Realisierung der Versäumnisfolgen wachzurufen, in die Kategorie der prozessualen Anträge zu stellen [2]).

Im Versäumnisverfahren beim Ausbleiben des Beklagten ist, falls den Anträgen des Klägers nicht ohne weiteres entsprochen werden kann oder falls nicht Vertagung eintritt, zweierlei denkbar: entweder definitive Abweisung der Klage, wenn der Anspruch nicht begründet ist oder es an den notwendigen Prozeßvoraussetzungen gebricht, oder Abweisung des Antrags auf Realisierung der Versäumnisfolgen; im ersten Fall ist Berufung, im zweiten sofortige Beschwerde (§ 301) zulässig.

klärung vor, welche das Gericht vergewissern soll, ob die nichtsäumige Partei ihre günstige Prozeßlage benützen will oder nicht. Unrichtig das amtliche Formular Nr. 19, welches beim Ausbleiben des Beklagten den Kläger den Antrag stellen läßt, das Versäumnisurteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, während die vorläufige Vollstreckbarkeit regelmäßig (Ausnahme § 648 Nr. 3) mit der Versäumnis nichts zu schaffen hat. Richtig der Formularvorschlag I. 1 von Gensel in Busch Zeitschrift Band 14 S. 324, 325.

1) Die von Seuffert Komm. Anm. 1 Abs. 2 zu § 269 gewählte Definition des Antrags als: „Antrag, daß das Urteil als Versäumnisurteil erlassen werde", ist bedenklich. — Unrichtig die Gegenbeweisführung Tränkner's S. 266.

2) Wie dies auch allgemein geschieht. — Freilich findet man zur Begründung meistens z. B. Fitting S. 242, Oesterlen S. 107, 108, lediglich den Satz: weil der Antrag auf Versäumnisurteil nicht zugestellt zu werden braucht, ist er ein prozessualer, während der Vordersatz, daß alle prozessualen Anträge nicht zugestellt zu werden brauchen, erst zu erweisen wäre. Vergl. oben. Ueber einen weitern und für sich allein durchschlagenden Grund, weshalb Zustellung nicht zu verlangen ist, s. S. 238 Anm. 2.

Da die vorläufige Vollstreckbarkeit nach C.P.O. als Teil des Streitgegenstands konstruiert ist, so trifft auch für sie das Ausgeführte zu, mit andern Worten: der sie betreffende Teil der Entscheidung ist mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar [1]), wenn der Antrag wegen Nichtbeobachtung des § 300 Nr. 3 zurückgewiesen wurde; dagegen ist Berufung zulässig, wenn der Ausspruch der vorläufigen Vollstreckbarbeit aus materiellen Gründen [2]) verweigert wurde.

Nur im letztern Fall findet Zurückweisung des Antrags auf vorläufige Vollstreckbarkeit, im erstern Fall dagegen findet Zurückweisung des Antrags auf Versäumnisurteil, insoweit dieser Antrag die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils betrifft, statt [3]).

Gegen den die vorläufige Vollstreckbarkeit aussprechenden Teil des Versäumnisurteils findet der Einspruch statt. Die gegnerische Ansicht, daß Berufung das zutreffende Rechtsmittel sei [4]), ist unbegründet. Das Argument, daß der Einspruch nicht zulässig sei, weil der Ausspruch der vorläufigen Vollstreckbarkeit nicht auf dem Prinzip des fingierten Geständnisses beruhe [5]), ist schon oben widerlegt worden.

III. Eine Ausnahme von der Regel nimmt Wilmowski-Levy Kommentar 4. Aufl. Anm. 1 zu § 636 für die Fälle an, wenn nach vorangegangenem Zahlungsbefehl infolge erhobenen Widerspruchs der Rechtsstreit bei einem Amtsgericht

---

1) Und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Entscheidung in einem besonderen Beschluß oder im Urteil selbst erging. Entsch. des R.G. Bd. 15 S. 392.

2) Z. B. wenn das Gericht entgegen der Ansicht des Klägers den Streitwert auf mehr als 300 Mark taxiert und deshalb trotz erfolgter rechtzeitiger Mitteilung des Antrags diesen zurückweist.

3) Dies gegen Tränkner S. 261 Zeile 3 ff., Oesterlen S. 107 Abs. 3.

4) Brettner, S. 240 Nr. 5., Tränkner S. 264 ff., Seuffert, Anm. 2 a. E. zu § 653 und Anm. 1 zu § 654.

5) Seuffert, l. c., Troll S. 91.

anhängig wird. Diese Ansicht wird durch die dafür angeführte Begründung, daß der in diesem Falle die Klage vertretende Zahlungsbefehl in seiner Androhung sofortiger Zwangsvollstreckung einen vollwertigen Ersatz für die Ankündigung des Antrags auf vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils enthalte, in befriedigender Weise getragen.

IX.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

62.

Unter welchen Voraussetzungen kann der Geschäftsführer vom Geschäftsherrn Ersatz für Auslagen fordern, welche der erstere gegen Verbot des letzteren für diesen gemacht hat?

Zwischen dem Vormund der Anna und des Heinrich K. von N. und dem volljährigen Bruder der Pfleglinge, Wilhelm K., dessen persönlicher Leitung diese nach dem Testament der Mutter, übrigens unbeschadet der Befugnisse des Pflegers, unterstellt sein sollten, kam es über die Höhe des auf die Mündel zu machenden Aufwands zu Meinungsverschiedenheiten. Infolge dessen schrieb der Vormund dem Bruder der Pfleglinge, er brauche keinen Unterpfleger mehr, sondern er werde alle Ausgaben und Anliegen seiner Pfleglinge von jetzt an direkt besorgen, auch werde er jede Rechnung und Zahlung, welche von Wilhelm K. ohne seine vorherige spezielle Genehmigung gemacht worden sei, zurückweisen. Dennoch berichtigte der Bruder Wilhelm K. eine Reihe von, wie er annahm, notwendiger Auslagen für die Pfleglinge und machte den Betrag dieser Auslagen gegen eine von dem Pfleger gegen ihn eingeklagte anerkannte Forderung der Pflegschaft im Wege der Aufrechnung geltend. Der Vormund bestritt seine Verpflichtung zur Zahlung und berief sich darauf, daß der Bruder

Wilhelm K. gegen Verbot gehandelt habe. Der Anspruch des letzteren wurde aber für begründet erachtet.

Gründe.

Durch das Schreiben vom 9. September 1885 hat allerdings der Pfleger dem Beklagten unzweideutig seinen Willen zu erkennen gegeben, daß Beklagter keinerlei Auslagen mehr für die Pfleglinge ohne seine vorgängige Genehmigung bestreiten solle, und es besteht der Rechtssatz, daß in der Regel jeder Ersatzanspruch des Geschäftsführers wegfällt, wenn derselbe die Aufopferung gegen den Willen, gegen ein Verbot des Geschäftsherrn gemacht hat. Dieser Satz gilt aber nicht ausnahmslos, er gilt insbesondere nicht, sofern der Geschäftsführer gegen den Willen des Geschäftsherrn eine Handlung vornimmt, welcher sich der Geschäftsherr entziehen will, obwohl er zu derselben rechtlich und sittlich verpflichtet ist, und sofern der Geschäftsherr durch eine Aufwendung des Geschäftsführers bereichert ist [1]).

Diese Ausnahmen von der gesetzlichen Regel ergeben sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und müssen daher anerkannt werden, wenn auch in unseren Gesetzen sich nicht (wie z. B. im Satz 1375a des badischen Landrechts) eine ausdrückliche Bestimmung in dieser Richtung findet. Denn aus den Gesetzesstellen, in welchen sich jene Regel ausgesprochen findet, läßt sich keineswegs entnehmen, daß dieselbe auch in Fällen, wie den angeführten, gelten soll: l. 24. C. 2, 19 versagt nur den Ersatz der Auslagen, welche gegen das Verbot des Geschäftsherrn zum Zweck von Meliorationen auf dessen Eigentum gemacht worden sind, wobei zu beachten ist, daß der Wert der Verbesserungen vielleicht in gar keinem Verhältnis zur Höhe der Auslagen steht, und daß dem Geschäftsherrn vernünftiger Weise nicht gegen seinen Willen eine Wertserhöhung seines

1) Vergl Windscheid, Pand. 6. Aufl. II § 340 bei und in Note 23 (auch Note 20 a. E.). Wächter im Archiv f. civilist Pr. XX S. 354 bis 355, 359. Kohler in den Jahrb. für Dogm. XXV S. 50—51. Seuffert's Archiv XXXVI Nr. 33. Dernburg, Pand. II § 122. Ziff. a S. 318 und 4b S. 320.

Besitztums aufgedrungen werden kann, welche er mit einer entsprechenden Verminderung seines Kapitalvermögens zu bezahlen hätte, das er vielleicht zu anderen Zwecken bedarf [1]); l. 8 § 3 D. 3, 5 spricht nur davon, daß die verbotswidrige Geschäftsführung dem Verbietenden keinen Schaden bringen dürfe; l. 31 § 4 ibid. versagt den Anspruch auf Ersatz des für ein Grabmonument über die hiefür ausgeworfene Summe ausgelegten Mehraufwands; wer sich gegen das Verbot eines Schuldners für diesen verbürgt, hat nach l. 40 D. 17, 1 allerdings keinen Regreßanspruch aus dem Titel der Geschäftsführung. Dies erklärt sich aber daraus, daß dieser Bürge sich den Anspruch auf Erstattung dessen, um was durch seine Zahlung an den Gläubiger der Hauptschuldner wirklich bereichert ist, dadurch sichern kann, daß er sich die Klage gegen den Hauptschuldner abtreten läßt [2]). Nirgends ist also hier der Anspruch auf Herausgabe des infolge einer Aufopferung des Geschäftsführers im Vermögen des Geschäftsherrn Befindlichen (im Gegensatz vom Wert desselben: Windscheid a. a. O.) abgesprochen, ebensowenig ein Ersatzanspruch in einem Fall, wo es sich um die Nichterfüllung einer rechtlichen und sittlichen Verpflichtung seitens des Geschäftsherrn handelte; im Gegenteil ist wenigstens in einem Fall der letztern Art — bei der verbotswidrigen Bestattung eines Leichnams — ein solcher Ersatzanspruch ausdrücklich anerkannt [3]).

Die klagende Pflegschaft ist aber infolge der Geschäftsführung des Beklagten zweifellos bereichert, soweit letzterer Auslagen für die Pfleglinge bestritten hat, welche zu bestreiten der Pfleger gehalten gewesen wäre. Denn diese Auslagen sind der Pflegschaft erspart worden, das Pflegschaftsvermögen beläuft sich jetzt um diesen Betrag höher, als es sich belaufen würde, wenn der Pfleger die ihm obliegenden Verpflichtungen selbst erfüllt hätte. Der Pfleger hat aber den Aufwand für den Pflegling nicht auf das Notwendige zu beschränken, sondern

1) Vergl. Windscheid Note 23 zu § 430.

2) Vergl. Brinz, Pandekten 2. Aufl. § 256 bei Note 23.

3) l. 14 § 13 D. 11. 7. Windscheid a. a. O. Note 20.

denselben nach dem Stand und den Vermögensverhältnissen desselben zu bemessen [1]).

Sache des Beklagten ist es daher, nachzuweisen, daß die von ihm für die Pfleglinge bezahlten Auslagen notwendige oder standesgemäße waren.

Dieser Beweis wurde als erbracht angesehen, wie dies auch im einzelnen von Seiten des Vormunds nicht bestritten worden sei, welcher sich lediglich auf die Erklärung beschränkt habe, es handle sich im gegenwärtigen Rechtsstreit gar nicht darum, ob die Auslagen des Beklagten notwendige oder standesgemäße gewesen seien, sondern nur darum, ob der Beklagte trotz des vom Pfleger ergangenen Verbots den Ersatz irgend welcher Auslagen beanspruchen könne.

Urteil des I. Senats des Oberlandesgerichts vom 2. März 1888 in Sachen der Pflegschaft der Anna und des Heinrich K. in N. gegen den Wilhelm K. daselbst.

Die Revision gegen dieses Urteil wurde vom Reichsgericht verworfen und dies damit begründet: die Annahme des Oberlandesgerichts, es bestehe zwar der Rechtssatz, daß in der Regel ein Ersatzanspruch des Geschäftsführers wegfalle, wenn dieser gegen ein Verbot des Geschäftsherrn eine Aufopferung gemacht habe, aus den Gesetzen aber, in welchen diese Regel ausgesprochen sei, lasse sich nicht entnehmen, daß dieselbe auch dann gelte, wenn der Geschäftsführer eine Handlung vornehme, welcher sich der Geschäftsherr entziehen wolle, obgleich er dazu rechtlich und sittlich verpflichtet sei, und wenn der Geschäftsherr durch die Aufwendung des Geschäftsführers bereichert sei, erscheine nicht als rechtsirrtümlich.

63.

Die Pflicht des Schuldners, vertragsmäßige Zinsen zu zahlen, wird durch den Verzug des Gläubigers nicht aufgehoben.

Der Kläger war dem Beklagten einen Kaufschilling schuldig

1) Vergl. § 9 der Vorschriften für Pfleger vom 26. Juni 1843.

verzinslich zu 5 % und zahlbar in 6 Jahreszielern von Martini 1886/91.

Am 19. Nov. 1887 hat der Kläger dem Beklagten das Kapital gekündigt und Zahlung angeboten, indem er sich zugleich bereit erklärte, noch Zinsen bis 19. Februar 1888 zu entrichten. Der Beklagte weigerte sich zunächst, die Zahlung anzunehmen, hat aber später am 3. August 1888, vorbehältlich seiner weiteren Ansprüche, das Kapital samt Zinsen zu 5 % vom 11. November 1887 bis 19. Februar 1888 in Empfang genommen. Der Kläger erhob Klage und bat um Feststellung, daß er nichts mehr schuldig sei. Es wurde ausgesprochen, daß Kläger noch die Zinsen bis 3. August 1888 zu bezahlen habe, zu Zahlung weiterer Zinsen aber nicht verpflichtet sei.

Gründe.

Es steht nach gemeinem Rechte fest, daß, falls für die Erfüllung einer Verbindlichkeit eine Zeit bestimmt worden ist, diese Bestimmung im Zweifel als zum Vorteile des Schuldners beigefügt anzusehen ist [1]).

Der Gläubiger hat nur dann das Recht, auf eine solche Bestimmung zu *seinen* Gunsten sich zu berufen, eine vor dieser Zeit angebotene Zahlung aus dem Grunde, weil die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten sei, zurückzuweisen, wenn aus der Vereinbarung selbst oder aus den begleitenden Umständen sich ergibt, daß die Kontrahenten im Interesse des Gläubigers die Zeitbestimmung festgesetzt haben. Nun ist aber eine diese Absicht bekundende Erklärung in dem Kaufvertrage vom 18. Februar 1886 nicht enthalten, und der Umstand, daß es bei der derzeitigen Lage des Geldmarktes schwer fällt, eine sichere Geldanlage zu einem höhern, als einem vierprozentigen Zinsfuße ausfindig zu machen, genügt an und für sich noch nicht zur Entkräftung jener Vermutung. Der Beklagte war daher, als der Kläger ihm die Zahlung des ganzen rückständigen Kaufschillings und zugleich in Berücksichtigung der üblichen

1) L. 41. § 1, L. 137. § 2 D. de V.O. XLV. 1. *Sintenis*, Civil-R. II § 91 bei Note 17 und 18. *Kübel* im Württ Archiv XII S. 57 ff

einvierteljährigen Kündigungsfrist die Zahlung des auf diese Frist entfallenden Zinses anbot, nicht berechtigt, die Annahme dieser Zahlung zu verweigern. Die Klage auf Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zur Annahme dieser Zahlung war sonach begründet.

Unbegründet aber war es, wenn der Kläger davon ausging, daß durch diese Weigerung des Beklagten der Zinsenlauf gehemmt worden sei. Die Zinspflicht des Schuldners hatte ja nicht in dem Verzuge des Schuldners ihren Grund, sondern in dem Zinsversprechen desselben. Sie erlischt daher nicht, wenn der Verzug des Schuldners aufhört, weil der Gläubiger in Verzug kommt, sondern sie erlischt erst, wenn die Hauptforderung selbst erlischt, sei es durch Zahlung, sei es — was der Zahlung gleichsteht — durch gerichtliche Hinterlegung [1]).

Urteil des II. Sen. des Oberlandesgerichts vom 11. Oktober 1888 in Sachen des Gastwirts Karl F. in Sontheim gegen den Oekonomen Blasius G. zu Gundelsheim.

64.

Die Verjährung wird durch Ausübung eines Retentionsrechts nicht unterbrochen.

Der Papierfabrikant Georg L. hat dem Maschinenfabrikanten Gustav K. eiserne Röhren, welche der letztere dem ersteren geliefert hat, als unbrauchbar zur Verfügung gestellt. Er hat erklärt, daß er diese Röhren für seine auf die mangelhafte Beschaffenheit der Ware begründete Interessenforderung zurückbehalte. Später hat derselbe diese seine Interessenforderung geltend gemacht, er wurde aber mit der Klage auf Grund des Art. 349 Abs. 2 H.G.B. abgewiesen, weil zwischen der Ablieferung der Ware und der Klagerhebung ein Zeitraum von mehr als 6 Monaten lag. In II. Instanz wurde hiegegen

1) Windscheid, Pand. 6. Aufl. II § 346 N. 7. S. 334. Seuffert's Archiv XXXI. Nr. 210. (Entscheid. des R.O.H.G. XVIII. S. 137). Vergl. Motive zu § 259 des Entw. eines bürgerl. G.B.

vorgetragen, die Verjährung sei durch den Brief, in welchem Kläger sein Retentionsrecht geltend mache, unterbrochen oder gehemmt worden. Die Berufung gegen das erstrichterliche Urteil wurde zurückgewiesen.

Gründe.

Für die vom Kläger vertretene Ansicht, daß der Lauf der Verjährung unterbrochen oder gehemmt worden sei, liegt ein zureichender Grund nicht vor. Kläger glaubt zwar einen solchen Grund aus dem Umstande ableiten zu können, daß er mit Brief vom 18. November 1885 ein Retentionsrecht für seine Interessenforderung geltend gemacht und dieses Recht seither auch thatsächlich ausgeübt habe, indem er weiter ausführt, daß der auf Grund eines kaufmännischen Retentionsrechts ausgeübte Besitz dem Besitz des Faustpfandgläubigers rechtlich gleichkomme, für letzteren aber nach l. 7 § 5 C. 7, 39 der Satz feststehe, daß eine Verjährung der persönlichen Klage insolange nicht eintreten könne, als zu ihrer Sicherung der Besitz einer verhafteten Sache ausgeübt werde.

Dieser Angriff des Klägers ist jedoch verfehlt. Denn die bloße Retention einer zur Verfügung gestellten Sache kann dem auf vertragsmäßiger Pfandbestellung beruhenden Besitze des Faustpfandgläubigers nicht ohne weiteres gleichgestellt werden. Wollte man auch auf Grund der l. 7 § 5 C. cit. annehmen, daß der Besitz eines Pfandes die Verjährung der dadurch gesicherten Schuldforderung hindere, so könnte der Grund dieser immerhin singulären Bestimmung (mit Savigny, Band 3 S. 303) nur darin gefunden werden, daß in dem Besitz des Pfandes eine stets wiederholte Anerkennung der Schuld liegt, wodurch die Verjährung der Schuldklage ausgeschlossen wird. Hienach wäre eine analoge Anwendung dieser Norm auf den Fall des Retentionsbesitzes jedenfalls dann unzulässig, wenn, wie dies vorliegend zutrifft, der Gläubiger die Dispositionsware einseitig und gegen den Willen des Schuldners zur Sicherung für eine bestrittene Forderung zurückhält, somit von einer Anerkennung der Schuld keine Rede sein kann. Hieraus ergiebt sich von selbst, daß jedenfalls die über

die Savigny'sche Lehre noch hinausgehende Ansicht Windscheid's (Pand. I § 108 N. 3), welcher auf Grund der angeführten Gesetzesbestimmung eine Unterbrechung der Verjährung schon dann annimmt, wenn dem Schuldner etwas ihm Gebührendes vorenthalten werde, als zu weitgehend und der quellenmäßigen Begründung entbehrend abgelehnt werden muß; wie sie denn auch in der juristischen Litteratur nirgends Vertretung gefunden hat. Demgemäß ist anzuerkennen, daß die Verjährung der Klage zur Zeit ihrer Anstellung schon vollendet war, weshalb auch die Abweisung der Klage gerechtfertigt erscheint[1].

Urteil des II. Senats des Oberlandesgerichts vom 10. November 1887 in Sachen des Fabrikanten Gustav K. in G. gegen den Papierfabrikanten Georg L. in Sch.

65.

Verhältnis der Bürgschaftsübernahme für eine Forderung zu einem für diese bestellten Unterpfand.

Für eine Forderung, für welche die Beklagte sich verbürgt hat, war auch, jedoch in anfechtbarer Weise, ein Unterpfand bestellt worden. Die Klägerin hat deshalb auf dieses verzichtet. Die Beklagte behauptet, hiedurch auch von ihrer Bürgschaft frei geworden zu sein. Diese Einwendung wurde verworfen.

Gründe.

Wenn ein Bürge sich gleichzeitig mit einer Unterpfandsbestellung oder mit Bezugnahme auf eine solche verbürgt, so wird allerdings regelmäßig ein Verzicht des Gläubigers auf das Unterpfand die Folge haben, daß derselbe den Bürgen nicht mehr mit Erfolg belangen kann. Denn sofern der Bürge sich — wie nach württ. Recht gemäß Art. 25 Pf.E.G. ver-

1) Siehe hiezu Savigny, System B. 5 S. 314. B. 3 S. 303. Windscheid, Pand. I § 108 bei und in Note 3. Dernburg, Pand. I. § 148 Note 15. Unterholzner, Verj. II S. 322. Wächter, Württ. Priv.-R. II S. 815 N. 35. Unger, österr. Privatr II § 121 N 23a.

mutet wird — in der Voraussetzung verbürgt hat, daß der Gläubiger sich zuerst an das Unterpfand halte, kann er dem Gläubiger, der gegen ihn auf Bezahlung klagt, die Einrede der Arglist entgegenhalten, falls derselbe auf ein rechtsgiltig bestelltes Unterpfand verzichtet hat, das ihm vollständige oder doch teilweise Befriedigung gewährt hätte.

So liegt aber die Sache im gegenwärtigen Fall nicht. Beklagter vermag vielmehr selbst nicht in Abrede zu ziehen, daß der Verzicht der Klägerin nur in der offenbar begründeten Annahme erfolgt ist, daß die vom Konkursverwalter in Aussicht gestellte gerichtliche Anfechtung der Unterpfandsbestellung von Erfolg wäre; der Verzicht der Klägerin hat daher die Lage der Beklagten in keiner Weise verschlechtert, ein arglistiges Handeln derselben der Beklagten gegenüber kommt nicht in Frage.

Die Sachlage ist vielmehr die, daß Beklagte sich neben einer nicht rechtsbeständigen Unterpfandsbestellung für die Forderung der Klägerin solidarisch im Wege der Interzession haftbar gemacht hat. Nun besteht aber keineswegs ein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts, daß eine gleichzeitig mit einer Unterpfandsbestellung eingegangene Bürgschaftsverbindlichkeit erlösche, falls die Unterpfandsbestellung nicht zu Recht bestehe. Es ist vielmehr in jedem einzelnen Fall Thatfrage, ob ein Bürge, der sich gleichzeitig mit einer Unterpfandsbestellung für eine Forderung verbürgt hat, dies unter der (erkennbaren) Voraussetzung gethan hat, daß die Unterpfandsbestellung rechtsbeständig ist. Im vorliegenden Fall hat sich die beklagte Ehefrau mittels ihrer Erklärung vom 17. März 1884 ohne jeden Vorbehalt für die ganze Forderung der Klägerin solidarisch haftbar gemacht. Es wäre daher ihre Sache, nachzuweisen, daß bei dieser Interzession sowohl sie, als die Klägerin davon ausgegangen ist, daß ihre Solidarhaft in Wegfall komme, wenn die Unterpfandsbestellung nicht zu Recht bestehe.

In dieser Richtung hat aber die Beklagte außer durch Berufung auf die aus den aktenmäßigen Thatsachen erhellende Sachlage keinerlei Beweis angetreten. Diese Thatsachen er-

geben indes keinen Anhaltspunkt für die Behauptung der Beklagten. Insbesondere kann aus der Urkunde vom 9. Juli 1884 zwar vielleicht gefolgert werden, daß die Beklagten der Meinung waren, mit dem Erlöschen des Unterpfandsrechts sei auch die Solidarhaft der beklagten Ehefrau hinfällig geworden; daß aber auch die Klägerin diese Ansicht geteilt hat, ergibt sich hieraus nicht; vielmehr läßt die Thatsache, daß Klägerin von dem Anerbieten der beklagten Ehefrau, ihre Solidarverbindlichkeit wiederholt vor versammeltem Gemeinderat zu erklären, keinen Gebrauch gemacht hat, den Schluß zu, daß dieselbe die frühere Erklärung der beklagten Ehefrau vom 17. März 1884 als noch zu Recht bestehend angesehen hat.

Hiernach hat der erste Richter den vorgeschützten Einwand der Beklagten mit Recht verworfen.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts vom 1. Juli 1888 in Sachen der Christine B. v. N. gegen die Witwe Anna Maria K. in N.

66.

Die Uebernahme einer Bürgschaft für ein Handelsgeschäft ist nicht für sich schon Handelsgeschäft.

Das Thatsächliche ergibt sich aus den Gründen:

Dem Kläger mag zugegeben werden, daß die Darlehensgeschäfte, welche er mit Eduard W., dem Ehemann der Beklagten abgeschlossen hat, und auf welche die Urkunde vom 24. Oktober sich bezieht, auf Seite des Schuldners Eduard W. Handelsgeschäfte waren, und daß sie hienach, obwohl an sich nur einseitige Handelsgeschäfte, nach Maßgabe des Art. 277 H.G.B. auch auf Seite des Klägers H. nach Handelsrecht zu beurteilen sind. Diese Wirkung beschränkt sich nun aber auf das Verhältnis derjenigen Personen, welche Kontrahenten des Darlehensvertrags gewesen sind, auf das Verhältnis des Klägers zu Eduard W.; sie kann aber nicht ausgedehnt werden auf Dritte, welche kraft eines selbständigen Rechtsaktes

— im vorliegenden Fall durch den Interzessionsvertrag — dem Schuldverhältnis gleichzeitig oder nachträglich beigetreten sind. Zwar ist die Haftung des Interzedenten nach Inhalt und Umfang der geschuldeten Leistung in der Regel identisch mit derjenigen des Prinzipalschuldners; aber der Entstehungsgrund der beiderseitigen Verpflichtungen, welcher allein maßgebend ist für die handelsrechtliche Natur derselben, bleibt demungeachtet ein verschiedener und selbständig zu beurteilender. Ob dieser Entstehungsgrund in das Gebiet des Handelsrechts gehört, ist aus dessen eigenem Wesen zu entscheiden. Diese Auffassung ist denn auch — entgegen einer früheren gegenteiligen Ansicht, welche sich auf das accessorische Verhältnis der Bürgschaftsschuld zu der Hauptschuld gründete [1]), nunmehr in Doktrin und Rechtsprechung zu unbestrittener Anerkennung gelangt [2]).

Die Frage kann sonach nur die sein: ob das Rechtsgeschäft, wodurch die Beklagte neben ihrem Ehemann die Haftverbindlichkeit gegenüber dem Kläger übernommen hat, für sich selbst die Natur eines Handelsgeschäftes hat? Diese Frage ist zu verneinen, wie weiter ausgeführt wird.

Hienach bedurfte es bei der Verbürgung der Beklagten der gesetzlichen Interzessionsförmlichkeiten.

Urteil des 2. Senats des Oberlandesgerichts vom 24. Juni 1888 in Sachen des Schullehrers H. in H. gegen die Jeanette W. in A.

1) Vergl. Busch's Archiv für Handelsrecht Bd III S. 198.

2) Goldschmidt, Handelsrecht, 2. Aufl. Bd. 1 S. 663, 664. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. V S. 367. Seuffert's Archiv Bd. 36 Nr. 217. Vergl. auch Entscheidungen des Reichsgerichts I S. 24.

67.

Folgen des Verzugs. Purgatio morae. Zu dem Schaden, welcher wegen Nichtlieferung ersetzt verlangt werden kann, gehört auch eine verwirkte Konventionalstrafe.

Die Beklagten hatten dem Kläger bis 3. November 3 Wagen Obst zu liefern. Dieselben haben diesen Termin nicht eingehalten.

Am 4. November schrieb der Kläger den Beklagten „Ich nehme kein Obst mehr an; Zeit ist abgelaufen". Ehe dieses Schreiben am 5. November den Beklagten zukam, haben dieselben telegraphisch dem Kläger das Obst angeboten und dasselbe auch thatsächlich zur Verfügung gestellt. Der Kläger nahm dasselbe nicht mehr an und verlangte nun Schadenersatz. Die Beklagten wurden verurteilt.

Gründe.

Ob der Kläger Schadenersatz wegen Lieferungsverzugs bezw. wegen Nichtlieferung fordern kann, beurteilt sich nach Art. 356 H.G.B.

1. Da die Beklagten innerhalb der für ihre Leistung bestimmten, mit dem 3. November endigenden Zeit den dritten (letzten) Waggon Obst nicht geliefert haben, so sind sie nach dem Grundsatz: »Dies interpellat pro homine« mit dem Ablaufe des 3. November in Lieferungsverzug gekommen. Denn Gründe, welche die Unterlassung der rechtzeitigen Lieferung entschuldigen würden, stehen ihnen nicht zur Seite.

2. Nach römischem Rechte muß der morose Schuldner dem Gläubiger das Interesse, d. h. jeden Schaden, den dieser durch den Verzug seines Schuldners erleidet, ersetzen. Zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt der Umstand, daß der Schuldner nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt, an sich nicht. Wenn aber infolge des Verzuges des Schuldners das Geschäft für den Gläubiger das Interesse verliert, so ist der Gläubiger berechtigt, vom Vertrage abzugehen und es bildet dieser Rücktritt einen Teil des Interesses, das er wegen der

mora seines Schuldners geltend machen kann. Dieser Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung, sowie das Recht, vom Vertrage ganz zurückzutreten, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre, ist nun durch das H.G.B. im Falle des Verzuges des Verkäufers dem Käufer ganz allgemein, auch abgesehen davon, ob die Erfüllung des Geschäftes für den Käufer das Interesse verloren hat, eingeräumt worden. Die Ausübung des in Art. 355 dem Käufer gestatteten Wahlrechtes, wie des dem Verkäufer nach Art. 354 zustehenden Wahlrechtes hat aber nach Art. 356 durch eine dem andern Kontrahenten zu machende unzweideutige Anzeige, Realerfüllung nicht mehr annehmen zu wollen, unter Gewährung einer billigen Nachfrist, wenn die Natur des Geschäftes eine solche zuläßt, zu erfolgen. Dem Säumigen soll damit die Nachholung des Versäumten ermöglicht werden. Der säumige Verkäufer insbesondere ist berechtigt, anzunehmen, der Käufer werde auch die verspätete Lieferung noch wünschen und als Erfüllung, wenn auch als verspätete, annehmen. Erst die Anzeige des Käufers von Ausübung des Wahlrechts entzieht dem Verkäufer diese Berechtigung und stößt die ihm verstattete Vermutung um. Da der Erfüllungsverzug des andern Teils die Voraussetzung der Entstehung des Wahlrechts des nichtsäumigen Kontrahenten ist, so kann eine wirksame Anzeige der Wahl der Regel nach nur erfolgen, wenn der Verzug eingetreten ist. Bis zum Empfange der Anzeige kann der säumige Teil jederzeit beliebig seine **mora** purgieren, vorausgesetzt, daß, wie in der Entscheidung des R.O.H.G. Bd. 23 S. 40 ausdrücklich bemerkt ist, die Natur des Geschäftes einer nachträglichen Erfüllung nicht widerstreitet.

3. Die Beklagten haben nun allerdings, bevor ihnen die am 5. November in Ludwigsburg angelangte Postkarte des Klägers: „Ich nehme kein Obst [mehr] an; Zeit ist abgelaufen", zukam, am Morgen desselben Tages den Kläger telegraphisch davon in Kenntnis gesetzt, daß der dritte Wagen Obst in Ludwigsburg angelangt sei, und hiemit demselben Lieferung angeboten. Es ist auch nicht zu bezweifeln, daß die Beklagten

zur Leistung thatsächlich bereit waren. Durch Oblation des ursprünglichen Gegenstandes der Leistung wird aber der Verzug nur dann beseitigt, wenn der Schuldner dem Gläubiger auch das mit anbietet, um was seine Verpflichtung durch den Verzug gesteigert worden ist (Windscheid § 281 Note 2). Letzteres haben die Beklagten nicht gethan. Der Preis der Ware war seit dem 1. November im Sinken begriffen. Der Kläger hatte also Anspruch auf Ersatz der Differenz zwischen dem Werte der Ware zur Zeit des eingetretenen Verzugs und dem Werte derselben zur Zeit der angebotenen Lieferung. Abgesehen hievon hatte der Kläger Anspruch auf den Ersatz dessen, um was der vom Kläger mit Fr. B. und Samuel H. vereinbarte Kaufpreis den vom Kläger zu bezahlenden Kaufpreis überstieg, und — wie im folgenden gezeigt werden wird — auf den Ersatz der vom Kläger verwirkten Konventionalstrafe. Wie wenig aber die Beklagten bereit waren, dem Kläger dieses Zögerungsinteresse zu ersetzen, ergibt sich aus ihrem Verhalten im Prozesse. Die Beklagten haben also durch ihr Leistungsanerbieten, da es nicht die volle Schuld, wie sie sich infolge ihres Verzuges gestaltet hatte, umfaßte, ihren Verzug nicht purgiert. Der Kläger kam also durch die Nichtannahme der angebotenen nicht vollständigen Leistung nicht in Annahmeverzug, und die in seiner Postkarte enthaltene Anzeige, Realerfüllung nicht mehr annehmen zu wollen, war also rechtswirksam. Der Gewähr einer Nachfrist bedurfte es aber nicht: die in Art. 356 des H.G.B. wegen der Natur des Geschäftes gemachte Ausnahme bezieht sich auf solche Fälle, wo, ohne daß ein Fixgeschäft vorliegt, die spätere Leistung für den Gläubiger an sich nutzlos oder deshalb mehr oder weniger wertlos ist, weil er die Lieferung nicht mehr zu dem Zwecke verwenden kann, wozu er sie bestimmt hatte [1]). Der Kläger hatte das von den Beklagten verkaufte Obst, wie durch die Aussagen der Zeugen B. und Samuel H. und die Urkunde über den mit denselben abgeschlossenen Vertrag bewiesen, auch von den Beklagten nicht

1) Entsch. des R.O.H.G. Band 3 S. 212.

mehr bestritten ist, unter den in dieser Urkunde enthaltenen Bedingungen am 19. Oktober weiter verkauft. Durch die nicht rechtzeitige Lieferung des letzten Wagens seitens des Beklagten war dem Kläger die Möglichkeit benommen, den ihm am 5. November nachträglich angebotenen dritten Wagen zu Erfüllung des mit B. und Samuel H. abgeschlossenen Geschäftes zu verwenden. Die Beklagten hatten zudem von der Absicht des Klägers, die erkaufte Ware zu Erfüllung des von ihm mit B. und Samuel H. abgeschlossenen Geschäftes zu verwenden, und von den Bedingungen dieses Geschäftes Kenntnis erhalten, und es hatte auch einer der Teilhaber der Beklagten in Beisein des B. und des Samuel H., wie diese bezeugt haben, am 19. Oktober wiederholt bestätigt, daß der Kläger zu der in dem Vertrage vom 19. Oktober bestimmten Zeit das Obst geliefert erhalte. Unter diesen Umständen widersprach die Natur des Geschäftes einer späteren Erfüllung überhaupt. Die Beklagten konnten also den Verzug, in den sie mit dem Ablauf des 3. Oktober geraten waren, überhaupt nicht mehr beseitigen [1]).

4. Die Berechtigung des Klägers, statt der Erfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, steht hienach fest. Das Interesse des Klägers besteht zunächst darin, das von ihm an dem Kaufpreis bezahlte Angeld, soweit es ihm nicht aus dem Erlöse aus dem von den Beklagten verkauften dritten Waggon bereits zurückbezahlt ist, zurückzuerhalten. Hiezu kommt als entgangener Gewinn der Ersatz des Mehrbetrags des Erlöses, den der Kläger von seinen Abnehmern zu beanspruchen gehabt hätte, über den Kaufpreis, den die Beklagten zu fordern gehabt hätten. Außerdem haben die Beklagten dem Kläger die Konventionalstrafe von 200 M. zu ersetzen, welche er dem Cessionar des Fr. B. und Samuel H., dem Andreas H., schuldig geworden ist.

5. Daß der Kläger dem Letzteren, weil demselben der dritte Waggon nicht am 3. November geliefert worden ist, die Konventionalstrafe von 200 Mk. schuldig wurde, ist erwiesen.

---

1) cf. Seuff. Arch. Bd. 28 Nr. 151.

Da der Kausalzusammenhang zwischen dem Verzuge der Beklagten und der Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Klägers gegen seine Abnehmer, bezw. deren Cessionar, den Andreas H., feststeht, so sind die Beklagten auch zum Ersatze der vom Kläger dem Andreas H. zu zahlenden Konventionalstrafe verpflichtet. Das R.O.H.G. Entsch. Bd. 4 S. 192, 193, Bd. 5 S. 171, Bd. 15 S. 48, Bd. 18 S. 279, und ebenso das R.G. Entsch. Bd. 15 S. 73, Bd. 19 S. 25, 26 haben übereinstimmend den Satz anerkannt, daß der säumige Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer, welcher die Ware unter Verabredung einer Konventionalstrafe weiter verkauft hat, diese im Falle ihrer Verwirkung zu ersetzen. Dabei ist es nicht einmal nötig, daß der Schuldner durch den Gläubiger davon in Kenntnis gesetzt worden ist, daß der Gläubiger bei nicht rechtzeitiger Erfüllung in eine Konventionalstrafe verfalle [1]). Denn, das Interesse präſtieren, heißt, den Nachteil ausgleichen, den der Gläubiger nach seinen individuellen Verhältnissen erleidet. Es soll geleistet werden, quod creditoris interest, moram factam non esse. Zudem ist von den Beklagten zugegeben, daß der Kläger ihnen mitgeteilt hat, er habe an Unterkäufer das Obst weiter verkauft und müsse 200 Mark Konventionalstrafe pro Waggon zahlen, wenn er nicht liefere. Der Gläubiger, dem der Schuldner zu ersetzen hat, was jener infolge der Kulpa des letzteren einem dritten zu ersetzen darum verpflichtet ist, weil die Kulpa seines Schuldners ihn an der Erfüllung der ihm gegen den dritten obliegenden Verbindlichkeit gehindert hat, kann den Anspruch auf Ersatz geltend machen, wenn er auch dem dritten den Ersatz noch nicht geleistet hat [2]).

Die Beklagten können auch nicht geltend machen, daß der Kläger durch Anwendung gehöriger Sorgfalt den Schaden hätte vermeiden können, dadurch, daß er anderwärts die zu Erfüllung des Vertrages mit B. resp. H. erforderliche Ware hätte anschaffen können und sollen. Denn der Kläger durfte

1) Entsch des R.O.H.G. Bd. 4 S. 193, Bd. 18 S. 279, Entsch. des R.G. Bd. 19 S. 26.

2) Entsch. des R.O.H.G. 15 S 48.

sich darauf, daß die Beklagten ihrer Vertragspflicht nachkommen werden, verlassen.

Hienach sind die Beklagten zum Ersatz des geforderten Schadens verpflichtet.

Urteil des I. Senats des Oberlandesgerichts vom 10. Juli 1888 in Sachen Holzapfel c. Kahn und Ottenheimer.

68.

Zu Art. 74 der Wechselordnung und zum Begriff grober Fahrlässigkeit.

Am 7. Mai 1887 hat der 18 Jahre alte Emil L., damaliger Kommis der Klägerin, angeblich im Auftrag der Klägerin, der Beklagten fünf Wechsel über zusammen 2188 M. 93 Pfg. zur Diskontierung überbracht. Diese Wechsel hatte L. der Klägerin gestohlen und auf der Rückseite derselben je das Indossement „Gebr. R." fälschlich angefertigt. Gleichzeitig brachte er einen angeblich von Gebrüder R. auf die württembergische Vereinsbank gezogenen, mit „Gebr. R." indossierten Wechsel über 10 000 Mark zur Diskontierung, und als der Direktor der Beklagten die Diskontierung dieses Wechsels ablehnte, weil derselbe kein Accept der Vereinsbank, somit bloß die eine Unterschrift der Klägerin trug, zeigte L. ein Schreiben der Vereinsbank vom 6. Mai 1887 an die Klägerin vor, welches lautete: „Wir bekennen uns zum Empfang Ihres Werten vom 6. 2c. und haben Ihre Tratte von 10 000 Mk. pro 6. August vorgemerkt. Wir schrieben Ihnen am 23. pto."

Als der Direktor der Beklagten trotzdem die Diskontierung dieses Wechsels verweigerte, holte L. das Accept der Vereinsbank ein und nunmehr diskontierte Beklagte die sämtlichen sechs Wechsel, indem sie dem L. 12 115 M. 3 Pfg. für dieselben auszahlte. L. quittierte hiefür durch Unterzeichnung eines von der Beklagten ausgefüllten Formulars derselben mit der Ueberschrift: „Verzeichnis der — zur Diskontierung durch Gebr. R. hier eingereichten Wechsel"; unten auf diesem For-

mular findet sich die gedruckte Bemerkung: „NB. Das Verzeichnis ist von dem Einreicher zu unterzeichnen."

Der Wechsel über 10 000 Mark, um welchen es sich im gegenwärtigen Rechtsstreit nicht handelt, war aber von L. gefälscht: sowohl die Unterschrift „Gebr. R." auf der Vorderseite, als das gleichlautende Indossament auf der Rückseite rührte von seiner Hand her; das erwähnte Schreiben der Vereinsbank bildete die nicht in die Hände der Klägerin gelangte, vielmehr von L. aufgefangene Antwort auf ein ebenfalls von L. fälschlich auf den Namen der Klägerin angefertigtes Schreiben an die Vereinsbank, welches lautete: „Wir haben uns heute erlaubt, M. 10 000 auf Sie zu trassieren und bitten Sie, hievon gefl. Vormerkung zu nehmen. Hochachtend Gebr. R."

L. ist am 7./8. Mai mit dem von der Beklagten erhaltenen Geld entwichen.

Klägerin hat nun, auf ihr Eigentum an den fünf eingangs erwähnten Wechseln gestützt, das Gesuch gestellt, zu erkennen:

Die Beklagte sei schuldig, in erster Linie die von ihr inzwischen eingezogenen Wechselbeträge mit 2188 M. 93 Pfg. nebst 6 % Zinsen hieraus vom Tag des Verfalls an herauszugeben, eventuell der Klägerin die Summe von 2170 M. 65 Pfg. (den Betrag der fünf Wechsel abzüglich des Diskonts) nebst 6 % Zinsen hieraus vom 8. Mai 1887 an zu bezahlen, subeventuell die fünf Wechsel herauszugeben und daneben 6 % Zinsen vom jeweiligen Verfalltag an zu bezahlen.

Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen.

Gründe.

I. Die Entscheidung der Frage, ob Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin die in Rede stehenden Wechsel, bezw. die eingezogenen Wechselbeträge herauszugeben, hängt davon ab, ob der Beklagten der Schutz des Art. 74 W.O. zu statten kommt. Daß Beklagte „nach den Bestimmungen des Art. 36 W.O. legitimierte" Besitzerin der Wechsel ist, obwohl das Indossament, worauf sie ihre Legitimation stützt, gefälscht ist, wird von der Klägerin nicht bestritten. Der von der Klägerin zu ihren Gunsten ins Feld geführte Satz aber, daß Art. 74 W.O. dem

Wechselinhaber seinem eigenen Auktor gegenüber keinen Schutz gewähre, ist zwar richtig, aber im gegenwärtigen Fall unanwendbar. Denn er besagt nur, daß, wenn ein Wechsel mit Wissen und Willen des bisherigen Eigentümers in die Hände des jetzigen Inhabers gelangt ist, wenn es sich also im Verhältnis zwischen dem bisherigen Eigentümer und dem nunmehrigen Inhaber nicht, wie im Art. 74 W.O., um einen „abhanden gekommenen" Wechsel handelt, sich die Ansprüche des ersteren gegen den letzteren auf Herausgabe des Wechsels nach dem unterliegenden Rechtsverhältnis bestimmen, auf Grund dessen der jetzige Inhaber in den Besitz des Wechsels gelangt ist. Im gegenwärtigen Fall aber war zwar die Beklagte zweifellos beim Erwerb der Wechsel der Meinung, daß sie dieselben durch Vermittlung des L. von der Klägerin erwerbe, in Wirklichkeit ist aber zwischen ihr und der Klägerin kein Begebungsvertrag zu stand gekommen, weil L. das Geschäft namens der Klägerin abzuschließen nicht bevollmächtigt war; Beklagte ist vielmehr, ohne in ein Rechtsverhältnis mit der Klägerin zu treten, in den Besitz von fünf dieser abhanden gekommenen Wechseln ohne deren Wissen und Willen gelangt. So wenig nun Beklagte in der Lage ist, ihr behauptetes Recht auf die Wechsel von der Klägerin abzuleiten, so wenig vermag Klägerin ihren Anspruch auf Herausgabe der Wechsel auf ein zwischen den Parteien bestehendes Rechtsverhältnis zu gründen, das sie als „Auktor" der Beklagten erscheinen ließe. Der Art. 74 W.O. unterscheidet nicht, ob der Wechselinhaber den gestohlenen Wechsel vom Dieb selbst oder einem Besitznachfolger desselben erworben hat, und ob derselbe im ersteren Fall den Dieb für einen Bevollmächtigten des bisherigen Eigentümers angesehen oder etwa geglaubt hat, der Wechsel sei durch Blanko-Indossament auf denselben übergegangen; das Gesetz schützt vielmehr den Erwerber eines dem Eigentümer abhanden gekommenen Wechsels ganz allgemein, falls derselbe nur in gutem Glauben gehandelt hat.

II. Nach dem Vorstehenden ist zwar ganz richtig, daß — wie Klägerin hervorhebt — kein Begebungsvertrag zwischen

den Parteien vorliegt; es ergiebt sich aber aus dem Angeführten zugleich, daß dieser Umstand keineswegs die Verpflichtung der Beklagten zur Herausgabe der Wechsel zur Folge hat: der Schutz des Art. 74 W.O. bezieht sich eben auf solche Fälle, wo der Besitz des Wechselinhabers nicht durch einen mit dem bisherigen Wechseleigentümer abgeschlossenen Begebungsvertrag vermittelt ist.

Ebensowenig folgt eine Verpflichtung der Beklagten zur Herausgabe der Wechsel an die Klägerin daraus, daß sie kein Regreßrecht gegen letztere hat, denn ein Recht auf einen Wechsel und gegen die Trassanten und Acceptanten eines Wechsels kann ohne Regreßrecht gegen einen Vormann bestehen.

III. Nach dem Bisherigen ist die Berufung der Beklagten auf den Schutz des Art. 74 W.O. an sich zulässig und es fragt sich nur noch, ob ihrer hierauf gestützten Einrede gegenüber die Replik der Klägerin durchgreift: der Beklagten falle bei Erwerbung der fünf Wechsel grobe Fahrlässigkeit zur Last.

Indem Art. 74 W.O. bestimmt, daß der gemäß Art. 36 W.O. legitimierte Besitzer eines Wechsels zu dessen Herausgabe dann angehalten werden kann, wenn — worauf es im gegenwärtigen Fall allein ankommt — ihm bei Erwerbung des Wechsels grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, hat das Gesetz eine gewisse Prüfungs- bezw. Erkundigungspflicht des Wechselerwerbers statuiert.

Im vorliegenden Fall kann es sich nach Lage der Sache nur darum handeln, ob die Beklagte ihrer Verpflichtung, die Vollmacht des L. zur Diskontierung der Wechsel zu prüfen, in genügender Weise nachgekommen ist. Es ergiebt sich aber daraus, daß das Gesetz den Wechselinhaber nur im Fall grober Fahrlässigkeit zur Herausgabe des Wechsels verpflichtet, daß Beklagter zu einer skrupulösen Prüfung der Frage, ob L. die behauptete Vollmacht wirklich besitze, nicht verpflichtet war, daß sie nicht vollen Beweis seiner Bevollmächtigung verlangen mußte, sondern sich an einer Bescheinigung in dieser Richtung genügen lassen durfte, sofern keine besonderen Verdachtsgründe gegen die Wahrheit der An-

gaben des L. sprachen. Das Diskontieren von Wechseln geschieht nach den Aussagen der in erster Instanz vernommenen Bankiers regelmäßig in der Weise, daß der diskontierende Bankier den Wechsel gegen Ausbezahlung der Wechselvaluta (abzüglich des Diskonts) erhält. Uebergabe des Wechsels und Empfangnahme der Valuta erfolgt also Zug um Zug: daher muß im Zweifel der mit Diskontierung eines Wechsels Beauftragte auch als zur Empfangnahme der Valuta ermächtigt gelten; wer also glaubhaft zu machen vermag, daß er mit Diskontierung eines Wechsels beauftragt ist, dem darf der diskontierende Bankier die Wechselvaluta auszahlen, sofern nicht besondere Umstände dafür sprechen, daß der Beauftragte nur zur Uebergabe des Wechsels, nicht zur Entgegennahme der Valuta ermächtigt ist.

IV. Prüft man von diesen Gesichtspunkten aus das Verhalten der Beklagten bei Diskontierung der fünf Wechsel, so kommt zunächst in Betracht, daß die Thatsache, daß die Wechsel mit dem Indossament „Gebr. R." versehen waren, darauf hindeutete, daß dieselben weiter begeben werden wollten. Die Handschrift des Teilhabers der klagenden Firma Adolf R. war von L. in einer Weise nachgeahmt, daß die Fälschung keineswegs beim ersten Blick auffallen mußte, vielmehr eine Person, welcher die Handschrift des Adolf R. bekannt war, diese in den Indossamenten bei oberflächlicher Prüfung vor sich zu haben wohl glauben konnte, und auch in dem Gutachten des Sachverständigen ist dies anerkannt. Es ist auch darauf hinzuweisen, daß die Vereinsbank, welche mit der Klägerin in Geschäftsverbindung stand, somit die Handschrift des A. R. genau kannte, die von L. gefälschten Unterschriften in dem Schreiben an die Vereinsbank und auf dem Wechsel über 10 000 M. für echt angesehen hat. Sonach kann der Beklagten ein Vorwurf — jedenfalls der Vorwurf grober Fahrlässigkeit — aus dem Grund nicht gemacht werden, weil sie die Fälschung der Indossamente nicht entdeckt hat; zu einer mit der Sorgfalt eines Sachverständigen vorzunehmenden Vergleichung der Schrift der Indossamente mit der echten Hand-

schrift des Adolf R. war sie nicht verpflichtet; es kann dahingestellt bleiben, ob sie verpflichtet und in der Lage war, diese beiden Schriften thatsächlich neben einander zu halten; denn da der Gesamteindruck derselben wesentlich gleich ist, wäre trotzdem die Fälschung zweifellos unentdeckt geblieben.

V. Darin, daß Beklagte den L. für einen Kommis der Klägerin ansah, hatte sie nicht nur thatsächlich Recht, sondern diese Eigenschaft des L. mußte ihr auch durch den Umstand für erwiesen gelten, daß derselbe das Schreiben der Vereinsbank an die Klägerin vom 6. Mai in Händen hatte. Wenn nun dieser Kommis der Klägerin versicherte, daß er von der Klägerin mit Diskontierung der Wechsel beauftragt sei, so war diese Behauptung dadurch bescheinigt, daß er die anscheinend zur Weiterbegebung vorbereiteten Wechsel in Händen hatte, ohne daß ein anderer Zweck, zu welchem ihm dieselben von der Klägerin hätten übergeben sein können, als die Diskontierung sich als wahrscheinlich darstellte. Sofern nun besondere Verdachtsgründe für die Annahme fehlten (s. hierüber unten VI), daß L. sich auf rechtswidrige Weise, durch Diebstahl, in den Besitz der Wechsel gesetzt hatte, kann eine grobe Fahrlässigkeit der Beklagten nach Lage der Sache darin nicht gefunden werden, daß sie der Behauptung des L. hinsichtlich seiner Bevollmächtigung zur Diskontierung Glauben schenkte. Davon, daß Beklagte den Umständen nach hätte annehmen müssen, daß die Wechsel von L. mittelst einer strafbaren Handlung erlangt waren, daß also der Ankauf derselben seitens der Beklagten sich als Hehlerei im Sinne des § 259 St.G.B. darstellen würde, kann offenbar keine Rede sein, und der Umstand, daß anscheinend ein junger Kommis mit Diskontierung der Wechsel beauftragt war, mußte an sich der Beklagten nicht verdächtig sein, weil — wie aus den Aussagen des Bankiers H. und K. erhellt — die Diskontierung von Wechseln in Stuttgart häufig durch solche mit keiner ausdrücklichen Vollmacht versehene Bedienstete besorgt wird.

Die Sachlage ist also nicht die, daß der Beklagten ein an sich grob fahrlässiges Verhalten zur Last fiele, welches der

Entschuldigung durch eine in Stuttgart herrschende Handelsgewohnheit bedürfen würde; es kann vielmehr vollständig dahin gestellt bleiben, ob eine solche Uebung (Usance) einem an sich fahrlässigen Verhalten den Charakter der Fahrlässigkeit zu benehmen vermöchte; vielmehr könnte einem Bankier, welcher Wechsel diskontiert, die ihm der Bedienstete eines Geschäftshauses mit dessen Giro unter im übrigen unverdächtigen Umständen, ohne im Besitz einer ausdrücklichen Vollmacht zu sein, überbringt, nur dann etwa grobe Fahrlässigkeit vorgeworfen werden, wenn ein solches Verfahren an dem betreffenden Platz durchaus ungewöhnlich wäre; dies ist aber eben nach dem Zeugnis des K. und H. in Stuttgart nicht der Fall.

Ist aber das Verhalten der Beklagten an sich als ein grob fahrlässiges nicht anzusehen, so wird es auch dann nicht zu einem solchen, wenn Beklagte sonst ein größeres Maß von Vorsicht walten ließ, als gesetzlich geboten war. Es ist deshalb ohne Belang, ob Beklagte in anderen Fällen das Verzeichnis der eingereichten Wechsel, welches sie diesmal vom Beauftragten unterzeichnen ließ, vom Auftraggeber unterzeichnen läßt. Daß Beklagte eine Aktiengesellschaft ist, rechtfertigt es nicht, bei Prüfung der Frage, ob sie bei Erwerbung der Wechsel grob fahrlässig gehandelt hat, an das Verhalten ihrer Organe einen strengeren Maßstab anzulegen als an dasjenige anderer Geschäftsleute; ebensowenig der Umstand, daß sie zur Ausgabe von Banknoten staatlich ermächtigt und in Verbindung damit hinsichtlich ihrer Geschäfte gewissen Beschränkungen unterworfen ist.

VI. Daß aber besondere Verdachtsgründe vorgelegen wären, welche bei der Beklagten Zweifel an der angeblichen Bevollmächtigung des L. hätten hervorrufen müssen, kann der Klägerin nicht zugegeben werden. Gegenüber dem — schon an sich nach dem Gutachten des Sachverständigen H. nicht verdächtigen — Umstand, daß die Wechsel noch nicht acceptiert waren, kommt in Betracht, daß dieselben als giriert anscheinend von der Klägerin zur Weiterbegebung bestimmt waren. Wenn es sodann auch richtig wäre, daß die Unterschriften auf den

Wechseln nicht als „notorisch gut" gelten konnten, so konnte der Umstand, daß — die Wahrheit der Angaben des L. vorausgesetzt — Klägerin den Versuch machte, Wechsel, welche ihre und noch eine weitere Unterschrift trugen, als mit „zwei notorisch guten Unterschriften" versehen anzubringen, keineswegs den Schluß auf die Unwahrheit der Behauptungen des L. rechtfertigen. Ferner kann dahin gestellt bleiben, ob die Teilhaber der klagenden Firma die Diskontierung von Wechseln bei der Beklagten früher stets persönlich besorgt haben; denn es ist unbestritten, daß Klägerin seit Juli 1884 kein Wechselgeschäft mehr mit der Beklagten gemacht hat; Beklagte konnte deshalb wohl annehmen, daß Klägerin von der früheren Uebung in der Zwischenzeit abgegangen sei und sich der nach den Zeugnissen des H. und K. auch sonst in Stuttgart vielfach vorkommenden Verwendung der Bediensteten zu solchen Geschäften angeschlossen habe. Konnte es sodann der Beklagten vielleicht einigermaßen auffallen, daß Klägerin die Wiederanknüpfung des Verkehrs mit ihr durch einen Bediensteten besorgen ließ, so kann doch diesem Umstand ein irgend erhebliches Gewicht nicht beigelegt werden: die anscheinende Hintansetzung einer Höflichkeitsform mußte keineswegs den Verdacht einer auf Seiten des angeblichen Beauftragten obwaltenden Unredlichkeit erwecken.

Der Vorgang hinsichtlich des Wechsels über 10 000 M. war viel mehr geeignet, den Glauben an die Angaben des L. zu bestärken, als denselben zu erschüttern.

Daß der Beklagten die Thatsache, daß der Wechsel von der Vereinsbank noch nicht acceptiert war, schon aus dem Grund habe auffallen müssen, weil den L. sein Weg von der Klägerin zur Beklagten an der Vereinsbank vorbeigeführt habe, ist unhaltbar: diese Ortsverhältnisse konnten der Beklagten ganz leicht gar nicht zum Bewußtsein kommen, oder sie konnte annehmen, daß L. durch sonstige Besorgungen einen anderweiten Weg einzuschlagen veranlaßt war. Wenn aber der Umstand die Beklagten argwöhnisch zu machen geeignet war, daß dieser Wechsel in Ermanglung des Accepts der Vereinsbank

nur die eine Unterschrift der Klägerin trug, sich also in einem Zustand befand, in welchem ihn Beklagte nach den der Klägerin zweifellos bekannten gesetzlichen und statutarischen Vorschriften unter keinen Umständen diskontieren durfte, so mußte ein aufsteigender Verdacht dadurch zerstreut werden, daß L. das Schreiben der Vereinsbank an die Klägerin vom 6. Mai vorzeigte und auch alsbald den Wechsel mit dem Accept der Vereinsbank versehen zurückbrachte. Bei dieser Sachlage konnte es Beklagte auf eine Ungeschicklichkeit des B. zurückführen, daß derselbe den Wechsel zuerst diskontieren und dann acceptieren lassen wollte, statt den natürlichen umgekehrten Weg einzuschlagen.

Der Umstand aber, daß L. im Besitz jenes Schreibens war (nach dessen Präsentatum auf der Rückseite zu sehen, Beklagte — entgegen der Meinung der Klägerin — in keiner Weise veranlaßt war), ließ zunächst den Schluß zu, daß L. mit Einholung des Accepts der Vereinsbank betraut war: es lag somit für die Beklagte ein spezieller Beleg dafür vor, daß dieser Wechsel sich mit Wissen und Willen der Klägerin in den Händen des L. befand. Da aber auch dieser Wechsel bereits mit dem Blanko-Giro der Klägerin versehen, also in einem zur Veräußerung geeigneten Zustand war, so mochte Beklagte hierin mit Grund einen Beweis dafür sehen, daß Klägerin Vertrauen in L. setze, und sich daher ihrerseits um so weniger veranlaßt finden, in dessen Vorbringen Mißtrauen zu setzen. Es mag hiebei auch noch darauf hingewiesen werden, daß L. an dem fraglichen Vormittag dreimal zu der Beklagten kam (zuerst um sich nach den Diskontosätzen für die Wechsel zu erkundigen, dann um die Wechsel diskontieren zu lassen und endlich mit dem inzwischen eingeholten Accept der Vereinsbank) und sich nicht vermuten ließ, derselbe sei die zur Ausführung dieser Manipulationen erforderliche nicht unbeträchtliche Zeit hindurch ohne Wissen und Willen der Klägerin aus deren Geschäft abwesend.

VII. Ganz verfehlt ist die Meinung der Klägerin, Beklagte habe schon deshalb bei Erwerbung der Wechsel grob

fahrlässig gehandelt, weil sie der Vorschrift des württ. Gesetzes vom 24. Juli 1871 Art. 2, bezw. ihrer Statuten zuwider die Wechsel diskontiert habe, obwohl dieselben nicht zwei „notorisch gute" Unterschriften getragen haben. Denn wenn auch der Direktor der Beklagten durch Diskontierung der Wechsel gegen diese Norm verstoßen haben sollte, so liegt hierin unter keinen Umständen der Klägerin gegenüber eine Fahrlässigkeit im Sinn des Art. 74 W.O. Denn eine solche konnte — wie oben bemerkt — nach Lage der Sache nur in Unterlassung der Prüfung der Legitimation des Wechselinhabers zur Veräußerung der Wechsel bestehen; eine Unterlassung der Prüfung der Güte der Wechsel kann eine Fahrlässigkeit im Sinne des Art. 74 W.O. überhaupt nie darstellen. Daß eine Verfehlung gegen jene Gesetzesbestimmung außer allem Zusammenhang mit der Frage steht, ob der Beklagten im Verhältnis zur Klägerin eine Verschuldung hinsichtlich des Erwerbs der Wechsel zur Last fällt, erhellt schon daraus, daß jene Verfehlung in gleicher Weise vorläge, wenn L. die Wechsel wirklich im Auftrag der Klägerin veräußert hätte.

VIII. Das Ergebnis der bisherigen Erwägung ist sonach, daß der Beklagten bei Erwerbung der Wechsel grobe Fahrlässigkeit nicht zur Last fällt. Hieraus folgt, daß der Anspruch der Klägerin auf Erstattung der von der Beklagten eingezogenen Wechselbeträge, bezw. auf Herausgabe der Wechsel unbegründet ist.

IX. Ebensowenig begründet ist aber auch der eventuelle Anspruch der Klägerin auf Bezahlung der Wechselbeträge abzüglich des Diskontos. In dieser Richtung ist zu bemerken: wenn je die Beklagte sich so behandeln lassen müßte, wie wenn L. von der Klägerin mit der Diskontierung der Wechsel beauftragt gewesen wäre, so käme dies der Klägerin in keiner Weise zu statten. Denn diesfalls war nach dem oben unter III Ausgeführten Beklagte berechtigt, den L. auch als zur Empfangnahme der Valuta ermächtigt anzusehen; es ist unrichtig, wenn Klägerin meint, die Beklagte habe sich durch Ankauf der Wechsel obligieren wollen; dieselbe wollte vielmehr keine Verpflichtung

eingehen, sondern die Wechsel gegen Bezahlung der Valuta erwerben, wie derjenige, der einen Wechsel diskontieren läßt, regelmäßig denselben gegen Empfang der Valuta aushändigt. Diesen einheitlichen Akt in der Weise auseinanderzureißen, daß sie die Uebergabe der Wechsel durch L. an die Beklagte gegen sich gelten läßt, nicht aber die Auszahlung der Gegenleistung an L., ist Klägerin nicht berechtigt.

Hienach ist die Berufung gegen das erstrichterliche Urteil zurückzuweisen.

Urteil des I. Sen. des Oberlandesgerichts vom 18. Mai 1888 in Sachen der Handlungsfirma Gebr. R. gegen die Württemb. Notenbank Aktiengesellschaft in Stuttgart.

69.

Erinnerung nach § 685 C.P.O. oder Beschwerde nach § 701 eod.?

I. Der Kaufmann Adolf H. in Stuttgart hat der Firma St. und P. durch den Gerichtsvollzieher verschiedene Waren pfänden lassen. Der Verkaufstermin wurde von diesem auf den 15. April anberaumt. Die Schuldnerin hat hierauf bei dem K. Amtsgericht Stuttgart Stadt beantragt, ihr eine allmähliche binnen 4 Wochen zu bewirkende Auslösung der gepfändeten Gegenstände zu gestatten. Diesem Gesuche hat das Amtsgericht nach vorgängigem Gehör des Gläubigers dadurch entsprochen, daß es den Verkaufstermin auf den 12. Mai festsetzte. Die vom Gläubiger hiegegen erhobene sofortige Beschwerde hat die Civilkammer des Landgerichts nach § 685 Abs. 1 C.P.O. als unstatthaft verworfen. Dieser Beschluß wurde auf weitere Beschwerde des Gläubigers aufgehoben und die Civilkammer angewiesen, eine materielle Entscheidung zu geben.

Gründe.

„Die gegen diesen Beschluß an das K. Oberlandesgericht erhobene weitere sofortige Beschwerde ist zulässig, weil in der Entscheidung des Landgerichts ein neuer selbständiger Be-

schwerdegrund enthalten ist (cf. Entsch. des R.G. Band 4, S 362, Bd. 14 S. 388). Dieselbe ist aber auch begründet.

Das Amtsgericht hat durch seinen Beschluß vom 12. April, daß der Verkaufstermin auf den 12. Mai hinauszurücken sei, über Einwendungen der Schuldnerin im Sinne des § 685 der C.P.O. als Vollstreckungsgericht entschieden. Gegen solche Entscheidungen, welche ohne mündliche Verhandlung ergehen können (C.P.O. § 684 Abs. 3), findet nach § 701 C.P.O. die sofortige Beschwerde statt und die Bestimmung des § 685 Abs. 1. C.P.O. kommt dieser Beschwerde gegenüber nicht und insbesondere dann nicht zur Anwendung, wenn, wie im vorliegenden Fall es sich mit der Erklärung des Gläubigers vom 11. April und dem Beschluß vom 12. April verhält, das Vollstreckungsgericht, obwohl der Vertreter des Gläubigers seine die Art und Weise der Verwertung der gepfändeten Sachen, also die Art und Weise der Zwangsvollstreckung betreffenden Einwendungen gegen den Antrag der Schuldnerin demselben vorgetragen hatte, gleichwohl die in dem Beschlusse enthaltene Entscheidung gegeben und eben damit auch über die Einwendungen des Gläubigers entschieden hat. Die sofortige Beschwerde des Gläubigers gegen den Beschluß des Amtsgerichts war daher statthaft. Demgemäß ist der Beschluß des Landgerichts, wodurch diese Beschwerde als zur Zeit unzulässig kostenfällig verworfen wurde, aufzuheben; die hienach notwendige neue materielle Entscheidung über diese Beschwerde zu geben, wird gemäß § 538 der C.P.O dem Landgericht aufgetragen. Die Entscheidung über die Kosten der bei dem Oberlandesgericht erhobenen Beschwerde wird von der endlichen Entscheidung über die bei dem Landgericht erhobene Beschwerde abhängig gemacht.

Beschluß des I. Sen. des Oberlandesgerichts vom 4. Mai 1888 in der Beschwerdesache des Kaufmanns Adolf H. in Stuttgart.

II. Der Eisendreher Josef R. in Eßlingen beantragte für einen ihm gegen den Händler Christian K. von da zustehenden Anspruch bei dem K. Amtsgericht Eßlingen die Pfändung und

Ueberweisung einer dem Christian K. gegen einen Dritten zukommenden Forderung. Das Amtsgericht hat demgemäß diese Forderung gepfändet und dem Gläubiger Josef R. überwiesen. Der Schuldner Christian K. erhob hiegegen „Beschwerde", weil die gepfändete Forderung zu den in § 749 der C.P.O. von der Pfändung ausgenommenen Forderungen gehöre. Die Ferienkammer des Landgerichts hat die Beschwerde verworfen. Auf weitere Beschwerde wurde diese Entscheidung der Ferienkammer aufgehoben und dem Amtsgericht Eßlingen als Vollstreckungsgericht aufgegeben, über die in dem Schriftsatze des Christian K. enthaltene Gegenvorstellung gegen den Pfändungsbeschluß nach § 685 C.P.O. zu entscheiden.

Gründe.

Das Amtsgericht Eßlingen hat über die Frage, ob es bei der von ihm angeordneten Pfändung der dem Schuldner an J. A. H. zustehenden Forderung zu verbleiben habe, oder ob nicht eine Bestimmung des § 749 der C.P.O. dem Schuldner K. zu statten komme, noch gar nicht entschieden. Der ohne Gehör des Schuldners erlassene Pfändungsbeschluß vom 16. August ist noch keine Entscheidung im Sinne des § 701 der C.P.O. Der Schriftsatz des K. vom 18. August, in welchem derselbe an das Amtsgericht die Bitte um Aufhebung des Pfändungsbeschlusses und um Freigabe der gepfändeten Forderung gerichtet hat, ist, wenn in demselben auch der Ausdruck „Beschwerde" gebraucht ist, nicht eine Beschwerde an das Landgericht, sondern eine Gegenvorstellung im Sinne des § 685 der C.P.O. an das Vollstreckungsgericht, das Amtsgericht. Ueber die Einwendungen des Schuldners gegen den Pfändungsbeschluß hat zunächst nach § 685 der C.P.O. das Vollstreckungsgericht selbst zu entscheiden. Indem das Landgericht auf den Schriftsatz des K. vom 18. August gleichwohl am 25. August die Einwendungen desselben gegen den Pfändungsbeschluß selbst verworfen und demgemäß beschlossen hat, die Beschwerde des K. gegen den Pfändungsbeschluß unter Verfällung in die Kosten der Beschwerde zu verwerfen, hat es dem Schuldner K. einen neuen selbständigen Beschwerde-

grund im Sinne des § 531 Abs. 2 der C.P.O. gegeben. Der Schuldner K. hat zwar die hiegegen an das Oberlandesgericht erhobene Beschwerde nicht darauf gegründet, daß das Landgericht das in dem Schriftsatze an das Vollstreckungsgericht vom 18. August enthaltene Vorbringen als Beschwerde aufgefaßt und diese als zuläßig behandelt hat, sondern darauf, daß seine Einwendung gegen den Pfändungsbeschluß nicht hätte verworfen werden sollen. Allein jener formelle Beschwerdegrund ist, nachdem gegen den Beschluß des Landgerichts Beschwerde erhoben ist, von Amtswegen zu berücksichtigen. Denn die Ordnung der Rechtsmittel ist im öffentlichen Interesse festgesetzt und unterliegt nicht der Parteiwillkür. Es ist also die Entscheidung der Ferienkammer des Landgerichts vom 25. August aufzuheben und dem K. Amtsgericht Eßlingen aufzugeben, über die in dem Schriftsatze vom 18. August enthaltenen Einwendungen gegen den Pfändungsbeschluß gemäß § 685 der C.P.O. zu entscheiden [1]). Dem Oberlandesgericht kommt bei dieser Lage der Sache nicht zu, sich darüber auszusprechen, ob die Einwendungen des Schuldners gegen den Pfändungsbeschluß irgend begründet sind, ob es sich um die Pfändung eines unverdienten, noch nicht fälligen Lohnes handelt und ob das Verhältnis, in dem der Beschwerdeführer zu seinem Schuldner H. stand, ein solches ist, welches seine Erwerbsthätigkeit vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nahm, beziehungsweise ob der Beschwerdeführer im Privatdienst des H. dauernd angestellt war.

Beschluß des 1. Senats des Oberlandesgerichts vom 21. September 1888 in der Beschwerdesache des Händlers Christian K. von Eßlingen.

---

1) cf. Entsch. des R.G. Bd. 16 S. 317 sq.

70.

Bei Berechnung der nach § 749 Ziff. 3 C.P.O. freizulassenden Bezüge sind nur solche Einkünfte in Rechnung zu nehmen, auf welche der Schuldner einen Anspruch hat.

Das Thatsächliche ergibt sich aus den Gründen:

Auf den Antrag des Wirts G. K. hat das Amtsgericht Cannstatt die Nutznießungsansprüche des Schuldners N. an dem in der Verwaltung des Fr. Sch. in Cannstatt stehenden Vermögen der Kinder des N. am 3. Februar 1888 gepfändet, auch dem Gläubiger K. den jeweils verfallenen Betrag dieses Anspruches des N. auf die Höhe von 2677 M. 40 Pf. zur Einziehung überwiesen. Auf die Einwendung des N., daß er die Einkünfte aus jenem Vermögen zur Erziehung und zum Unterhalte seiner Kinder bedürfe, hat das Amtsgericht am 9. Mai beschlossen, in Anwendung des § 749 Z. 3 der C.P.O. den Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluß vom 3. Februar aufzuheben und die Kosten dem Gläubiger zuzuscheiden. Auf die hiegegen von dem Gläubiger K. erhobene sofortige Beschwerde hat die erste Civilkammer des K. Landgerichts zu Stuttgart durch Beschluß vom 25. Juni den Beschluß des Amtsgerichts vom 9. Mai aufgehoben und dessen Beschluß vom 3. Februar wieder in Wirkung gesetzt. Die hiegegen von dem Schuldner N. an das Oberlandesgericht formrichtig und rechtzeitig erhobene sofortige Beschwerde ist statthaft. C.P.O. § 531 Abs. 2. Sie ist auch begründet. Zwar ist auch der Nießbrauch, soferne die Ausübung desselben veräußerlich ist (Windscheid § 205 N. 2, Entsch. des R.G. B. 6 S. 210, 16 S. 110), Gegenstand der Zwangsvollstreckung nach § 754 der C.P.O., das Recht auf die einzelnen Nutznießungen unterliegt jedoch nach § 754 der Zwangsvollstreckung nur insoweit, als § 749 Z. 3 die Pfändung fortlaufender Einkünfte des Schuldners nicht verbietet. Die Einkünfte aus dem Nießbrauche, welchen die Mutter des Beschwerdeführers diesem an dem dem Eigentume nach den Kindern dieses ihres Sohnes ausgefolgten und

unter pflegschaftliche Verwaltung gestellten Kapitalvermögen verschafft hat, fallen, wie der Gläubiger des Beschwerdeführers nicht bestreitet, unter die Z. 3 des § 749. Denn es handelt sich hiebei um eine freigebige Zuwendung der Mutter, beziehungsweise der Großmutter des N., die auf einer Fürsorge für denselben und seine Kinder beruht. Daß dem Sohne nur der Nießbrauch, den Kindern desselben das Eigentum zugewendet ist, bezweckte eben den Sohn und dessen Kinder gegen die Gefahren der freien Disposition über das Kapital zu schützen und zugleich dem Sohne zu seinem und seiner Familie Unterhalte sichere Einkünfte zu verschaffen. Diese Einkünfte sind daher der Pfändung nicht unterworfen, soweit der Schuldner zur Bestreitung des notdürftigen Unterhaltes für sich, seine Ehefrau und seine noch unversorgten Kinder dieser Einkünfte bedarf. Daß aber der Schuldner hiezu dieser Einkünfte, die sich nicht einmal auf 700 M. belaufen, und wovon noch die Verwaltungskosten abgehen, neben der aus einer von der Almosenpflege Stuttgart verwalteten Stiftung verwilligten Rente von 400 M. bedarf, ist außer Zweifel. Bei der Entscheidung der Frage, inwieweit der Schuldner der unter § 749 Z. 3 C.P.O. fallenden Einkünfte bedarf, kommt es darauf nicht an, daß der Schuldner von seiner Mutter zu seiner Sustentation bisher jährlich weitere 2571 M. 14 Pf. erhalten hat. Denn dafür, daß diese Leistung nicht eine freiwillige, sondern eine auf einem Rechtsgeschäfte beruhende sei, hat der Gläubiger den in Aussicht gestellten Nachweis nicht geliefert. Die Mutter des Beschwerdeführers hat auf Befragen des Waisengerichts Stuttgart erklärt, daß ihr Sohn in stets widerruflicher Weise die Sustentation von 2571 M. 14 Pf. von ihr erhalte. Bei Feststellung des Notbedarfes des Schuldners können aber neben den wirklichen Erträgnissen der Erwerbsthätigkeit des Schuldners nur solche zur gegebenen Zeit vorhandene Einkünfte desselben, auf die er einen Anspruch hat, und die also zu seinem Vermögen gehören, berücksichtigt werden, nicht aber die bloße Aussicht auf Zuwendungen dritter, auch wenn diese alimentationspflichtig sind. Denn die Alimentationspflicht kann erst nach

dem Versiegen der sonstigen Unterhaltsquellen in Anspruch genommen werden [1]).

Zu demselben Ergebnisse führt auch die Erwägung, daß auf dem Nießbrauche der Eltern an dem adventicischen Eigengut der Kinder die Pflicht ruht, die Kinder gebührlich zu erziehen und ihrem Stande und Vermögen gemäß zu ernähren [2]). Wenn Zwangsvollstreckung in Vermögen erfolgt, woran dem Schuldner nicht das volle Eigentumsrecht zusteht, sondern das er nur als Nutznießer zu benützen hat, so müssen dabei die Rechte Dritter stets unverletzt erhalten werden, wie bezüglich der Zwangsvollstreckung in Grundstücke, über deren Substanz der Schuldner nicht verfügen kann, in Art. 47 des Exekutions-Gesetzes von 1825 und Art. 31 des württembergischen Gesetzes vom 18. August 1879, betreffend die Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen, ausdrücklich gesagt ist. Daß es hinsichtlich des Genusses aus dem Vermögen der Kinder bei den Bestimmungen des Landrechts 4, 11 sein Verbleiben hat, ist in Art. 47 des Exekutions-Gesetzes von 1825, welcher Artikel nicht aufgehoben ist, auf welchen in Art. 31 des citierten Gesetzes vom 18. August 1879 vielmehr verwiesen wird, ausdrücklich hervorgehoben [3]). Wie beim Nießbrauche von Grundstücken müssen auch beim Nießbrauch an dem zum adventicischen Eigengut der Kinder gehörigen Kapitalvermögen im Falle der Zwangsvollstreckung in diesen Nießbrauch dem Schuldner die Mittel belassen werden, welche zu seinem Unterhalte und dazu erforderlich sind, um die gesetzliche Verpflichtung zum Unterhalt und zur Erziehung der Kinder zu erfüllen [4]).

Hienach war unter Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses der Beschluß des Amtsgerichts vom 9. Mai wieder herzustellen.

Beschluß des Feriensenats des Oberlandesgerichts vom

1) cf. Entsch. des R.G. 12 S. 383 sq.

2) Landrecht 4, 10 § 1; 4, 11 § 1; Breitling, Grundzüge, S. 17.

3) cf. Bolley I S 950 sq.

4) Vergl. auch § 1 Abs. 2 der Konkursordnung.

28. Juli 1888 in der Beschwerdesache des M. N. von Cannstatt.

71.

Muß nach § 774 C.P.O. sofort eine Strafe angesetzt werden, oder kann eine Frist zur Vornahme der Handlung unter Bedrohung einer Strafe erteilt werden.

Der Söldner Kaspar R. war nach rechtskräftigem Urteil verpflichtet, der Franziska W. in S. Rechnung abzulegen. Da der Schuldner diesem Urteil nicht nachkam, stellte der Anwalt der Klägerin den Antrag, gegen den Schuldner nach § 774 C.P.O. vorzugehen. Die Civilkammer des Landgerichts als Prozeßgericht erteilte dem Schuldner eine Frist von 3 Wochen zur Ablegung der Rechnung bei Vermeidung einer Geldstrafe von zunächst 50 M. Hiegegen erhob jener Anwalt Beschwerde, weil die Strafe alsbald hätte angesetzt werden müssen und das Gericht nicht befugt gewesen sei, dem Beklagten noch eine Frist zu erteilen. Die Beschwerde wurde verworfen.

Gründe.

Bei der Zwangsvollstreckung zu Erwirkung einer Handlung, die durch einen Dritten nicht vorgenommen werden kann, soll nach § 774 der C.P.O. die Weigerung des Schuldners durch Zwang überwunden werden. Die Haft, sagen die Motive S. 444, ist in diesem Falle überhaupt nicht Strafe, wie im Falle des § 775, sondern direktes Zwangsmittel, und steht als solches neben der Androhung und Festsetzung der Geldstrafen zur Wahl. Muß auch im Falle des § 774 der Festsetzung der Geldstrafe, beziehungsweise dem Haftbefehl, nicht notwendig eine Androhung der Geldstrafe, beziehungsweise der Haft, vorangehen, wie Siebenhaar S. 709 unter analoger Anwendung des Abs. 2 des § 775 annimmt, so ist doch nicht ausgeschlossen, daß für den Fall der Nichtvornahme der Handlung binnen einer angemessenen Frist die Geldstrafe, oder die Haft zunächst angedroht wird.

Allerdings sind nach § 14 Z. 3 des Einf.-Ges. zur C.P.O. die Vorschriften der Landesgesetze über Urteilsfristen und über die Befugnis des Gerichts, dem Schuldner bei der Verurteilung Zahlungsfristen zu gewähren, aufgehoben, und es kann deshalb auch das Gericht nicht im Laufe der Zwangsvollstreckung dem Schuldner Zahlungsfristen gewähren. Allein damit ist nicht ausgeschlossen, daß dem Schuldner die nach dem materiellen Rechtsverhältnisse insbesondere bei einer obligatio faciendi zur Vornahme der Handlung erforderliche, angemessene Frist unter Strafandrohung gewährt wird [1]). Der Schuldner soll im Falle des § 774 nicht, weil er bis zum Urteil, beziehungsweise bis zu dem vom Schuldner gestellten Antrage, zu erkennen, daß der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Geldstrafen oder durch Haft anzuhalten sei, unterlassen hat, die Handlung vorzunehmen, gestraft werden, sondern er soll durch Geldstrafen oder Haft gezwungen werden, die Handlung vorzunehmen.

Indem das Gesetz davon ausgeht, daß auf Geldstrafen bis zu Erschöpfung des Gesamtbetrages von 1500 M. wiederholt erkannt werden kann, setzt es voraus, daß, wenn die Festsetzung der ersten Geldstrafe den Schuldner zur Vornahme der Handlung zu zwingen nicht vermocht hat, die Androhung einer zweiten Geldstrafe für den Fall der Nichtvornahme der Handlung binnen einer gewissen Frist zu erfolgen hat. Andernfalls würde die Geldstrafe nicht zu Erzwingung der Handlung dienen. Auch bei der Erzwingung einer Handlung, die der Schuldner hätte vornehmen sollen, die aber durch einen Dritten nicht vorgenommen werden kann, muß der Grundsatz der l. 186 D. 50, 17 gelten. Hienach kann der Satz, auf den die Beschwerde allein gegründet wird, daß im Falle des § 774 das Prozeßgericht erster Instanz nicht befugt sei, die Geldstrafe für den Fall der Nichtvornahme der Handlung binnen einer für die Vornahme derselben angemessenen Frist anzudrohen, vielmehr die Geldstrafe sofort anzusetzen habe, nicht für richtig erachtet werden; und es ist deshalb die erhobene Beschwerde unter

1) Motive zur C P.O. S. 391.

Verfällung der Beschwerdeführerin in die Kosten des Beschwerdeverfahrens als unbegründet zurückzuweisen.

Beschluß des I. Senats des Oberlandesgerichts in der Beschwerdesache der Franziska Windhausen zu Syrakuse vom 18. Juli 1888.

72.

Zu § 23 Ziff. 2 der Konkursordnung.

Das Thatsächliche ergibt sich aus den Gründen:

.... Dagegen fallen die angefochtenen Rechtshandlungen zweifellos in den Zeitraum der letzten 10 Tage vor der Zahlungseinstellung, die, wenn nicht schon am 8./9. September, doch jedenfalls mit dem an die Gläubiger der Firma St. gerichteten Zirkulare am 12. September kundgegeben wurde.

Hiernach handelt es sich um die Anwendung der Ziff. 2 des § 23 der K.O. und es fragt sich, ob dem Beklagten eine Befriedigung gewährt wurde, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte.

In dieser Beziehung steht auf Grund der Aussagen der in erster Instanz vernommenen Zeugen und nach den eigenen Angaben des klägerischen Vertreters in dem Termine am 11. Mai 1887 fest, daß die angefochtenen Rechtshandlungen nicht bezweckten, dem Beklagten für eine künftige Ersatzforderung, die ihm aus der Ausstellung von Gefälligkeitsaccepten erwachsen würden, Deckung zu verschaffen, daß vielmehr der Beklagte am 12. August 1885 für den Betrag der der Firma St. wenige Tage darnach behändigten zwei Wechselaccepte über zusammen 5400 M. von der Firma St. 200 Säcke Mehl Nr. 01 zum Preise von 27 Mark per Sack auf Lieferung zu Anfang des Monats September erkauft hatte, und daß nun zu Befriedigung des Beklagten um seine Forderung aus diesem Geschäfte die in der Faktura vom 3. September verzeichneten Mehlquantitäten, wozu die mit den Frachtbriefen vom 3. und 4. September abgesendeten 200 Säcke gehören, dem Beklagten geliefert worden sind.

Der § 101 der preuß. K.O. vom 8. Mai 1855 enthielt die Bestimmung:

„Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, welche seit dem Tage der Zahlungseinstellung oder der Anzeige der Vermögensunzulänglichkeit oder des Antrags auf Konkurseröffnung oder innerhalb der nächst vorangegangenen zehn Tage vorgenommen worden sind, unterliegen der Anfechtung, wenn sie eines der nachfolgenden Rechtsgeschäfte zum Gegenstand haben:"

„Z. 3, die Zahlung einer fälligen Schuld, welche nicht bar oder in Handelspapieren bewirkt worden ist."

Hienach war nur die Zahlung einer fälligen Geldschuld, welche nicht bar oder in Handelspapieren bewirkt war, anfechtbar, woferne sie in die bezeichnete kritische Zeit fiel. Nach § 23 Z. 2 der R.K.O. ist nun aber auch die Erfüllung einer sonstigen Verbindlichkeit, die auf inkongruente Weise nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrag auf Konkurseröffnung oder in den letzten 10 Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag erfolgt, anfechtbar. Während aber die preußische Konkursordnung die Bewirkung der Zahlung einer Geldschuld in Handelspapieren nicht als eine inadäquate Leistung behandelt, enthält die R.K.O. eine entsprechende Bestimmung nicht. Diese behandelt vielmehr ganz allgemein jede Befriedigung eines Konkursgläubigers, die dieser nicht in der Art zu beanspruchen hatte, als eine nach § 23 Ziff. 2 anfechtbare. Die Motive zur R.K.O. S. 122 bezeichnen es als notwendig, durch verschärfte Vorschriften einen erhöhten Schutz gegen die sog. objektiven Begünstigungen zu gewähren. Nachdem die Motive das Bedenken, daß „die Hingabe an Zahlungsstatt in gewissen Fällen sogar Handelsgebrauch sei", und daß andere Gesetzgebungen nicht soweit gehen, als der zum Gesetze gewordene Entwurf, erwähnt und insbesondere auch angeführt haben, daß das deutsche Konkursgesetz die Befriedigung durch bewegliche Sachen nur dann für präsumtiv betrüglich erkläre, wenn solche nach den Verhältnissen des Schuldners als ungewöhnliche Zahlungsmittel zu erachten seien (S. 127), wird fortgefahren: „Mit der Zulassung des Gegen-

beweises einer bona fides schwinden die Bedenken &c. Man gewinnt die Möglichkeit, ein allgemeines Prinzip herzustellen, die Erfordernisse zu bezeichnen, an welche das Gesetz die erleichterte Anfechtung knüpft, und es der richterlichen Beurteilung des einzelnen Falls zu überlassen, ob die Erfordernisse vorliegen. — Unter das Gesetz sollen fallen alle Rechtshandlungen, welche die Befriedigung eines Konkursgläubigers bewirken, ohne daß derselbe auf die geschehene Art oder auf die Zeit der Befriedigung einen rechtlichen Anspruch gehabt hatte."

Die in § 23 Z. 2 aufgestellte Präsumtion hat hienach dem Wortlaute entsprechend Anwendung zu finden, sobald der Gläubiger Befriedigung durch Leistung von Sachen einer gewissen Art erhalten hat, während er Leistung von Sachen dieser Art nicht verlangen konnte, oder, mit andern Worten, wenn der Gläubiger Leistung von Sachen der Art, welcher die ihm zu seiner Befriedigung geleisteten Sachen angehören, nicht verlangen konnte. Davon, ob im einzelnen Fall die Leistung mehr oder weniger verdächtig ist, kann es nicht abhängen, ob die in § 23 Z. 2 der K.O. aufgestellte Rechtsvermutung an sich zur Anwendung zu kommen hat. Das Gesetz knüpft an die äußere Thatsache der Befriedigung des Gläubigers durch Leistung von Sachen anderer Art, als der Gläubiger beanspruchen konnte, die Rechtsvermutung für die innere Thatsache, daß der Gemeinschuldner den befriedigten Gläubiger vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen beabsichtigt habe, und daß diese Absicht dem befriedigten Gläubiger bekannt gewesen sei. Liegen Umstände vor, welche die Inkongruenz der gewährten Befriedigung mit der Befriedigung, die der Gläubiger beanspruchen konnte, als unverdächtig erscheinen lassen, so sind dieselben bei Würdigung des dem befriedigten Gläubiger obliegenden Gegenbeweises zu berücksichtigen.

Zweifellos hatte der Beklagte nur Lieferung von 200 Sack Mehl Nr. 01, einer, wie der Zeuge H. sagt, besonders fabrizierten Sorte, welche zur Zeit des Kaufs 27 bis 27 ½ Mark kostete, zu beanspruchen. Der Beklagte hat aber nicht von der von ihm bestellten besseren Sorte Nr. 01, sondern von der billigeren

Sorte Nr. 1, welche ihm zum Preise von 26 M. 50 Pf. angesetzt wurde, und außerdem von den Sorten Nr. 2 (Première) und Nr. 5 geliefert erhalten. Die Rechtsvermutung des § 23 Ziff. 2 der K.O. trifft also zu; und es liegt dem Beklagten, da die angefochtenen Rechtshandlungen in den letzten 10 Tagen vor der Zahlungseinstellung und dem Eröffnungsantrag erfolgt sind, der Beweis ob, daß ihm eine Absicht der Gemeinschuldnerin, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, nicht bekannt war.

Diesen Gegenbeweis vermag aber der Beklagte nicht zu führen.

Dem Ausgeführten zufolge hat der Beklagte gemäß der ihm nach § 30 K.O. obliegenden Verpflichtung den Erlös, den er aus dem an ihn abgesandten Mehl bezogen hat, herauszubezahlen.

Urteil des I. Senats des Oberlandesgerichts vom 18. November 1887 in der Berufungssache des Agenten Oskar L. zu St. gegen den Konkursverwalter im Konkurse der Witwe des Gott. St. in E.

73.

Zuständigkeit für Bestellung eines Vormunds für den Seitenverwandten eines dem ritterschaftlichen Adel angehörigen Ritterguts-besitzers.

Die Beschwerde des Grafen von N. gegen eine Verfügung der Civilkammer eines Landgerichts, wodurch sich diese für unzuständig zu Bevormundung der Söhne des Beschwerdeführers erklärt hatte, wurde aus nachstehenden Gründen verworfen:

Die Eigenschaft eines Mitglieds der Ritterschaft und der Genuß der damit verbundenen Vorrechte gründet sich auf den Besitz eines immatrikulierten Ritterguts und den erblichen Adelsstand (§ 1 der K. Deklaration vom 28. Dezember 1821). Ein diesem Stand Angehöriger ist daher erst mit der Erwerbung eines Ritterguts in der Lage, eine dem ritterschaftlichen

Adel angehörige Familie zu gründen. Es gehören hienach die Seitenverwandten des Erwerbers eines Ritterguts nicht zum ritterschaftlichen Adel, sondern nur solche Seitenverwandte des jeweiligen Besitzers eines Ritterguts, welche Deszendenten des ersten Erwerbers sind. In den Erlassen des Civilsenats und des Pupillensenats des vormaligen Obertribunals vom 1. Okt. 1827 und 23. Juli 1828 (Berner IV Sb. S. 584 und 587), auf welche sich die Beschwerde beruft, ist zwar allerdings im allgemeinen gesagt, daß die Seitenverwandten eines Rittergutsbesitzers zu dessen Familie gehören. Allein es wurde hier die Frage, wer Mitglied einer ritterschaftlichen Familie im Sinne des § 1 lit. b. Ziff. 2 der Novelle vom 15. Sept. 1822 sei, nur im allgemeinen beantwortet, und es ist die besondere Frage, wie es sich in dem Fall verhält, wenn ein Adeliger ein Rittergut erst erwirbt, nicht behandelt. Daß auch das Obertribunal davon ausging, daß nur solche männliche Seitenverwandte zur Familie gehören, welche Deszendenten des ersten Erwerbers sind, ergibt sich aus einem späteren Erlaß des Pupillensenats des Obertribunals vom 28. Juni 1862 (teilweise abgedruckt bei Mayer, Notariatsgesetz S. 133). Nur in diesem beschränkten Sinn werden auch von der württemb. Gesetzgebung die Seitenverwandten zu der ritterschaftlichen Familie gerechnet. Nach Art. 3 Ziff. 5 des Gesetzentwurfes, welcher im Jahre 1839 bei der Kammer der Standesherrn eingebracht worden ist, um der Vorschrift des § 39 der Verfassung über die Errichtung der ritterschaftlichen Körperschaften nachzukommen, sollten die Seitenverwandten durch den Mannsstamm und deren Gattinnen, von deren gemeinschaftlichem Stammvater das Rittergut auf den gegenwärtigen Besitzer gekommen ist, zu den Mitgliedern der ritterschaftlichen Familie gehören [1]. Und in Uebereinstimmung hiemit faßt das Gesetz vom 18. Juni 1849, betreffend die Ausdehnung des Amts- und Gemeindeverbands auf sämtliche Teile des Staatsgebiets, Art. 13 verglichen mit Art. 4 Ziff. 3 des Bürgerrechtsgesetzes vom 4. Dezember 1833,

1) Verhandlungen der Kammer der Standesherrn von 1839 Heft 1 S. 53, 86. Mohl, Staatsrecht I S. 502, 474.

den Begriff der Familie eines ritterschaftlichen Gutsbesitzers auf, indem im § 43 der Instruktion zu jenem Gesetz vom 8. Sept 1849 ausdrücklich bestimmt ist, daß zu der Familie eines ritterschaftlichen Gutsbesitzers nicht bloß die Familienglieder im engern Sinn, sondern sämtliche männliche Deszendenten des ersten Erwerbers des Guts gehören [1]).

Der Beschwerdeführer ist aber kein Deszendent des ersten Erwerbers des fraglichen Ritterguts, sondern ein Neffe desselben. Die Civilkammer hat daher mit Recht angenommen, daß der Beschwerdeführer kein Mitglied der Ritterschaft ist, und ihm den befreiten Gerichtsstand in Sachen der willkürlichen Gerichtsbarkeit versagt.

Ohne Bedeutung ist, daß — worauf sich übrigens in der Beschwerde nicht mehr bezogen ist — der Stamm des Vaters des Beschwerdeführers unter gewissen, sehr entfernt liegenden Voraussetzungen zur Nachfolge in das Rittergut berufen ist, weil die Zugehörigkeit zu einer Familie nicht durch vermögensrechtliche Beziehungen, sondern durch Abstammung vermittelt wird.

Beschluß des I. Senats des Oberlandesgerichts vom 27. Februar 1888.

74.

Zu § 173 Abs. 3 C.P.O.

Ein Kostenfeststellungsbeschluß war von Amtswegen zuzustellen. Der Zustellungsbeamte hat das Exemplar der der Partei eingehändigten Zustellungsurkunde nicht als Abschrift bezeichnet und beglaubigt. Dennoch wurde der Zustellungsakt als gültig angesehen.

Gründe.

Nach dem der Vorschrift des § 173 Abs. 3 C.P.O. unterliegenden Zwecke: dem Empfänger der Zustellung den Beweis derselben und insbesondere den ihres Zeitpunkts zu sichern,

1) Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1849 I. Beil. Band S. 126.

sowie die Ueberwachung der Richtigkeit der vom Zustellungsbeamten in der Zustellungsurkunde niedergelegten Angaben zu ermöglichen, ist diese Vorschrift dahin zu verstehen, es genüge, wenn dem Empfänger der Zustellung nur eine beglaubigte Abschrift der Zustellungsurkunde übergeben werde, wogegen es dem Zustellungsbeamten unbenommen sei, die von ihm nach § 173 Abs. 1, § 174 aufzunehmende Urkunde über die Zustellung in mehreren (gleichlautenden) Exemplaren, welche, wenn sie den Erfordernissen des § 174 genügen, sämtlich als Urschriften der Zustellungsurkunde gelten können, herzustellen und dem Zustellungsempfänger an Stelle einer von ihm beglaubigten Abschrift der (einzigen) Urschrift vielmehr eine dieser Urschriften selbst zu behändigen; als solche urschriftliche Zustellungsurkunde aber stellt sich nach Form und Inhalt die der zugestellten Ausfertigung des angefochtenen Beschlusses angehängte Urkunde des Zustellungsbeamten St. vom 11. März 1890 dar; sie ist mit der nach Auffassung des Beschwerdeführers als Urschrift der Zustellungsurkunde anzusehenden Urkunde desselben Beamten vom gleichen Tage, welche der Urschrift jenes Beschlusses beigesetzt ist, wörtlich gleichlautend und entspricht den Erfordernissen des § 174 C.P.O. Ist sonach durch ihre Behändigung der Vorschrift des § 173 genügt, der Zustellungsakt also gültig, so wurde durch ihn die zweiwöchige Notfrist der sofortigen Beschwerde des § 99 Abs. 3 der C.P.O. in Lauf gesetzt, diese war also am 25. desselben Monats abgelaufen, die am 9. Mai 1890 beim Landgericht eingelaufene Beschwerde somit verspätet.

Beschluß des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 23. Mai 1890 in der Beschwerdesache des Kutschers Braun von München.

75.

Verpfändung der in einer Privatzollniederlage (§ 108 des Vereinszollgesetzes) befindlichen Waren.

Der Kaufmann C. E. Bühler in U. betrieb daselbst ein Geschäft in ausländischen Weinen. Der Wein war in seinem Privatkeller unter zollamtlichem Mitverschluß in der Art gelagert, daß sowohl das Hauptzollamt U., als Bühler je einen Schlüssel besaßen und der Keller nur unter Benützung beider Schlüssel geöffnet werden konnte. Ueber die in den Keller eingelagerten Waren wurden dem Bühler jeweils Niederlagescheine nach Maßgabe des § 12 des vom Bundesrat des Zollvereins unterm 20. Dezember 1869 festgestellten Niederlageregulativs (Reg.-Bl. von 1870 S. 101 ff.) ausgefolgt.

Im Jahre 1885 räumte die Beklagte, die Bankkommandite Th. u. Cie., dem Bühler einen Kredit in laufender Rechnung im Betrag von 25 000 Mk. ein gegen eine von ihm zu leistende Sicherheit. Um diese zu beschaffen, wurde am 21. Aug. 1885 eine Urkunde mit der Bezeichnung „Faustpfandverschreibung" errichtet, nach deren Inhalt Bühler der Beklagten zur Sicherheit für den genannten Kredit „alle diejenigen Waren, als Wein, welche im Keller in seinem Wohngebäude, Kronenstraße A 96, laut Zollschein A Bl. $\frac{26}{37}$ Nr. 1 gelagert sind", als Faustpfand bestellte. Besitznahme und Verwahrung der verfaustpfändeten Waren sollte nach Ziff. 2 der Vertragsurkunde sofort dadurch erfolgen, daß Bühler der Beklagten „die Waren in und mit dem erwähnten Keller, in welchem sie lagern, unter Ueberlassung des letztern zur ausschließlichen Benützung übergibt und derselben mit Unterzeichnung des gegenwärtigen Vertrags die Schlüssel zu allen Eingängen des Kellers einhändigt, so daß die Waren fortan neben dem zollamtlichen Verschlusse allein unter dem der Bankkommandite Th. u. Cie. sind." Nach Ziff. 3 kann und darf Bühler nur mit Zustimmung der Beklagten, „in deren ausschließlicher Befugnis und Belieben es steht, den Keller zeitweilig zu öffnen", Wein aus

dem Lager entnehmen oder andere Waren einlagern. Alle solche weiteren in den Keller eingelegten Waren werden aber nach Ziff. 4, solange die Beklagte den Verschluß des Kellers hat, ihr „im voraus" als Faustpfand bestellt und übergeben.

Diesem Vertrage gemäß wurde der Schlüssel Bühlers, sowie der Zollniederlageschein der Beklagten ausgefolgt und Bühler mußte nun, so oft er Wein aus seinem Lager entnehmen und verkaufen wollte, den Schlüssel bei der Beklagten holen lassen. Dies kam des Oeftern vor; auf der andern Seite wurden später wiederholt neue Fässer in den Keller eingelagert und hievon die Beklagte jeweils unter Ausfolge des entsprechenden Zollniederlagescheins verständigt.

Am 13. April 1888 ist über das Vermögen Bühlers der Konkurs eröffnet worden. Zufolge eines am 8. Mai desselben Jahres zwischen dem Konkursverwalter und der Beklagten getroffenen Uebereinkommens wurde sodann der verpfändete Wein öffentlich versteigert und der Erlös mit 3754 M. 52 Pf. der Beklagten ausgefolgt, welcher aus dem Kreditverhältnis mit Bühler eine im Prüfungstermin auf 25130 M. festgestellte Forderung zustand.

In der Folge erhob der Konkursverwalter, indem er geltend machte, daß die Faustpfandbestellung ungültig gewesen sei, weil der Besitz der Waren nicht auf die Beklagte übergegangen sei, gegen letztere Klage auf Herausgabe des ihr ausgefolgten Erlöses.

Der Richter I. Instanz erachtete die Faustpfandbestellung für ungültig, sofern die Parteien thatsächlich die nach dem Gesetze unmögliche Bestellung eines Faustpfandes an dem Warenlager Bühlers als an einer Sachgesamtheit gewollt haben, an der ein Besitz nicht möglich sei, wies aber die Klage um deswillen ab, weil Kläger in dem Uebereinkommen vom 8. Mai das von der Beklagten in Anspruch genommene Absonderungsrecht vorbehaltslos anerkannt habe.

Das Oberlandesgericht war in beiden Punkten entgegengesetzter Ansicht und wies die Berufung des Klägers aus dem Grunde zurück, weil eine rechtsgültige Faustpfandbestellung vorliege.

In den Entscheidungsgründen wurde diesfalls ausgeführt:

Da die Forderung der Beklagten an Bühler eine solche aus beiderseitigen Handelsgeschäften ist und die Faustpfandbestellung unter Kaufleuten erfolgte, so genügte nach Art. 309 Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs zur Gültigkeit der Verpfändung neben der einfachen Verabredung über dieselbe die Uebertragung des Besitzes an den Waren auf die Beklagte, wie solche nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, d. i. nach Art. 245 des Pfandgesetzes vergl. mit Art. 40 Abs. 1 des Pfandentwicklungsgesetzes erfordert wird.

Diesem Erfordernisse, mit welchem dasjenige des § 14 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung zusammenfällt, daß der Gläubiger den Gewahrsam der Sache erlangt haben müsse, ist genügt.

Ergibt sich nämlich die Verabredung der Verpfändung bezüglich der sämtlichen seit dem 21. August 1885 bis zur Konkurseröffnung in den Keller Bühlers gelagerten Weine unmittelbar aus der Urkunde über die Faustpfandverschreibung von jenem Tage, so erfolgte die Besitzübertragung von Bühler an die Beklagte dadurch, daß ersterer seinen Schlüssel zum Keller und die Zollniederlagescheine zu Handen der Beklagten übergab. Abgesehen vorerst von der aus dem Mitverschluß des Zollamts abgeleiteten Einwendung des Klägers, war hiemit die bis dahin für Bühler bestandene thatsächliche Gewalt über den Wein beseitigt, und es erlangte nunmehr die Beklagte, deren entsprechender Wille aus der Vertragsurkunde erhellt, die thatsächliche Gewalt über den im Keller Bühlers gelagerten Wein. Denn die Gegenwart bei der in Besitz zu nehmenden Sache ist nicht erforderlich, wenn ein anderes Verhältnis derselben die Möglichkeit beliebiger Einwirkung sichert [1]). Diese Möglichkeit, beliebig auf den Wein einzuwirken, war aber für

1) Windscheid's Pandekten § 153. Goldschmidt, Handelsrecht I § 67 Note 2. Randa, Besitz S. 340. Dernburg, Pandekten § 178 I S. 403. Seuffert's Archiv B. III Nr. 5. Entsch. d. R.O.H.G. B. XIV, 105. Entsch des R G. B XIX, 28.



die Beklagte dadurch gesichert, daß sie den Schlüssel zu dem nur mit einem Eingang versehenen Keller in Händen hatte.

Nun besaß allerdings auch das Zollamt einen Schlüssel zu dem Eingang des Kellers, so zwar, daß derselbe nur unter Benützung der beiden Schlüssel geöffnet werden konnte, und das Zollamt hatte an den im Keller gelagerten, nicht verzollten Waren nach §§ 14 und 100 des Vereinszollges. vom 10. Juli 1869 ein Zurückbehaltungsrecht, so lange der auf den Waren ruhende Zoll nicht entrichtet war. Dieses Verhältnis schloß jedoch die Verfügungsgewalt der Beklagten über den Wein nicht aus, wenn sie auch in derselben durch den hiernach stattfindenden Mitbesitz des Zollamts insofern beschränkt war, als sie vor der Verfügung über den Gegenstand ihres Faustpfands den darauf haftenden Zoll zu entrichten hatte. Und da nach § 12 Abs. 2 des Niederlageregulativs die Zollverwaltung befugt ist, denjenigen, welcher ihr den Niederlageschein vorlegt, als zur Disposition über die in demselben bezeichneten Waren legitimiert anzusehen, so war die Beklagte gerade so, wie früher Bühler selbst, jederzeit in der Lage, kraft der ihr von diesem übergebenen Niederlagescheine unter Entrichtung des Zolls über den Wein nach Belieben zu verfügen.

Der hiernach von der Beklagten an den im Bühler'schen Keller gelagerten Weinen erlangte Gewahrsam ist in der Folge aber auch nicht dadurch verloren worden, daß die Beklagte dem Bühler in Gemäßheit der Z. 3 der Faustpfandsverschreibung des Oesteren erlaubte, den Keller zu öffnen und ihm zu diesem Zwecke den Schlüssel vorübergehend verabfolgte. Denn in der Erteilung dieser Erlaubnis liegt kein Aufgeben des Besitzeswillens seitens der Beklagten; die hiedurch für Bühler eröffnete Möglichkeit aber, nunmehr seinerseits von dem Weine wieder Besitz zu ergreifen, kommt nicht in Betracht, solange er von derselben, wie der Erfolg zeigte, keinen Gebrauch machte, vielmehr jedesmal den Schlüssel wieder zurückgab. Auch wäre, wenn man je eine vorübergehende Unterbrechung des Besitzes annehmen wollte, solche nicht geeignet, das in § 14 Abs. 1 des

Einf.-Ges. zur K.O. für den Bestand des Faustpfandrechts erforderte Behalten des Gewahrsams aufzuheben [1]).

Als unerheblich erscheint, ob der zur Zeit der Konkurseröffnung im Bühler'schen Keller befindliche, zufolge der Vereinbarung der Parteien vom 8. Mai 1888 durch den Kläger verkaufte Wein mit dem den Gegenstand der Pfandbestellung vom 21. August 1885 bildenden Weine identisch ist. Denn nach Z. 4 der Faustpfandverschreibung wurden auch alle die Waren, welche von Bühler von jetzt ab in den Keller eingebracht oder in demselben gelagert bleiben werden, von ihm der Beklagten „im voraus als Faustpfand bestellt und übergeben." Diese Pfandbestellung konnte allerdings nicht früher und nicht anders zum Dasein gelangen, als mit der Uebergabe der später eingebrachten Waren durch Bühler an die Beklagte. Die Uebergabe vollzog sich aber auch hier dadurch, daß die Beklagte den Schlüssel zum Keller in Händen hatte, ersteren zum Zweck der Einlagerung von neuen Waren dem Bühler verabfolgte und von diesem sofort nach der Einlagerung unter gleichzeitiger Aushändigung der Zollniederlagescheine wieder zurückerhielt, in welchen nach § 15 des Regulativs auch die aus der Niederlage entnommenen Waren abzuschreiben waren, so daß die Beklagte stets ganz genau ersah, was neu eingelegt und was entnommen wurde. Mag daher auch an einem Warenlager im ganzen als an einer Sachgesamtheit ein Besitzverhältnis nicht möglich sein, so ist damit doch ein Besitzerwerb an den einzelnen, zur Sachgesamtheit gehörigen Sachen nicht ausgeschlossen [2]), und daß die Beteiligten nicht das Weinlager als Sachgesamtheit, sondern nur je die einzelnen Bestandteile desselben zum Gegenstand des vereinbarten Pfandrechts machen wollten, zeigt die genaue, durch Angabe von Zeichen, Nummer und Gewicht erfolgte Spezialisierung der neu eingelegten Fässer Wein, die nach dem Willen beider Teile an der Stelle der ausscheidenden in den Pfandnexus fallen sollten. Hatte nach all' dem die Beklagte an dem zufolge der Vereinbarung der Parteien vom 8. Mai

1) S. Entsch. des R.G. in Seuffert's Archiv B. 42 Nr. 178.

2) l. 30 § 12 D. de usurp. 41, 3.

1888 verkauften Weine ein Faustpfandrecht, so gebührt ihr nach § 40 der K.O. der aus diesem Verkaufe erzielte Erlös mit 3754 M. 52 Pfg., und es ist daher die auf die Erstattung desselben gerichtete Klage unbegründet, weshalb, wenn schon aus andern Gründen, der die Abweisung dieser Klage aussprechende Teil der unterrichtlichen Entscheidung zu bestätigen, beziehungsweise insoweit die Berufung des Klägers zurückzuweisen war.

Entscheidung des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 30. Januar 1890 in Sachen des Konkursverwalters des C. E. Bühler gegen die Bankkommandite Th. u. Cie.

76.

Anerkennung eines nichtigen Testamentes.

Der ledige Bauer Johannes E. von Jesingen O./A. Kirchheim und seine ledige Schwester Juditha E. errichteten im Juni 1884 ohne Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten ein Testament, in welchem sie bestimmten: „das von uns Beiden das andere Ueberlebende soll Alleinerbe der ganzen Hinterlassenschaft des zuerst Sterbenden sein und bleiben, bis der Tod des andern erfolgt. Die Hinterlassenschaft soll nachher in drei gleiche Teile für die Nachkommen unseres Bruders Georg, Leonhard W.'s Ehefrau und Johannes St. Schreiners Ehefrau verteilt werden."

Johannes E. starb im Januar 1886, die Juditha E., welche gemäß dem Testamente in seine ganze Verlassenschaft eingewiesen worden war, im Dezember 1888. Nun erhoben die sechs Kinder des im Testamente genannten Bruders Georg gegen die daselbst bezeichneten (drei) Kinder der Schwestern (Leonhard W. Ehefrau und Johannes St. Ehefrau) bei der Civilkammer des K. Langerichtes Ulm Klage, mit dem Antrag, zu erkennen, daß die von der Juditha E. errichtete letztwillige Verfügung nicht zu Recht bestehe und die von Johannes E.

errichtete letztwillige Verfügung insoweit nicht zu Recht bestehe, als darin die Teilung des Nachlasses nach dem Tode der Juditha E. in drei Stämme angeordnet sei, daß demnach in den Nachlaß der Juditha E. die Intestaterbfolge einzutreten habe. In erster Instanz wurde diesem Antrag entsprechend erkannt, in zweiter Instanz aber unter Abänderung dieses Urteils die Klage abgewiesen aus folgenden Gründen:

Johannes E. und die Juditha E. haben in ihrem gemeinschaftlich errichteten Testamente über ihr beiderseitiges Vermögen als Gesamtmasse verfügt, sich zunächst gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt, während nach gesetzlicher Regel das überlebende Geschwister und die im Testamente bezeichneten Geschwisterkinder zur Erbfolge berufen gewesen wären, und ferner bestimmt, daß nach dem Tode des zuletzt Versterbenden jenen Geschwisterkindern der Gesamtnachlaß zufallen, jedoch unter sie abweichend von der gesetzlichen Regel nicht nach Köpfen, sondern nach Stämmen geteilt werden soll. Durch diesen Inhalt der letzten Willensverordnung wird dieselbe nach der gemeinen Auffassung in Theorie und Praxis als korrespektives Testament charakterisiert [1]), und es kann auch ein Zweifel darüber nicht bestehen, daß dieselbe im Sinne der Testatoren ein zusammengehöriges einheitliches Ganze bilden sollte, welche nicht bloß im ersten Teile, sondern ganz in Wirksamkeit zu treten bestimmt war.

Dieses Testament ist aber nichtig, weil bei der Errichtung keine der im Gesetze für zulässig und notwendig erklärten Testamentsformen beobachtet worden ist.

Bei der auf den Tod des Johannes E. vor dem Amtsnotariat und Waisengericht am 25. Januar 1886 erstmals erfolgten Eröffnung des Testamentes, bei welcher neben der Juditha E. die sämtlichen in dem Testamente bezeichneten Geschwisterkinder anwesend oder vertreten waren, haben auf Befragen, und, nachdem die Beteiligten darauf aufmerksam gemacht

1) Seuffert's Archiv XXXX. Bd. Nr 29; Entscheidung des R.G. in Civils. VI Nr. 46; Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, V. Band, § 307 S. 255 f.; Windscheid, Pand. III § 568 Note 4; Holzschuher, Theorie und Cas. II § 156 Nr. 2.

worden waren, daß das Testament wegen Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten als ungültig erscheine, dieselben mit Ausnahme des Klägers Christian E. erklärt, daß sie das Testament anerkennen und daß sie wünschen, daß die Juditha E. als Universalerbin des Gestorbenen betrachtet werde. Christian E., der sich eine Bedenkzeit ausgebeten hatte, erklärte sodann am 30. Januar 1886 protokollarisch zu den Nachlaßakten: „ich anerkenne hiemit das Testament meines Onkels Johannes und meiner Tante Juditha und verzichte auf weitere Bedenkzeit.“ In der hierauf von dem Amtsnotariate und dem Waisengerichte gefertigten Erbseinweisung der Juditha E. wird diese auf Grund des Testamentes und der erwähnten Anerkenntnisse als Universalerbin des Gestorbenen bezeichnet und hat dieselbe den unbedingten Erbschaftsantritt erklärt, auch um Zuweisung der Verlassenschaft ohne förmliche Inventur gebeten, welcher Bitte sofort entsprochen wurde. Sie hat auch die Verlassenschaft bis zu ihrem Tode behalten.

Die Kläger stützen ihre Klage auf die Richtigkeit des Testaments, indem sie behaupten, die Anerkennung des Testamentes am 25./30. Januar 1886 sei nur zu Gunsten der Juditha E. und nur in dem beschränkten Sinne erfolgt, daß die Juditha E. in den Nachlaß des Johannes E. eingewiesen werde. Darüber hinaus, über den Gesamtinhalt des Testamentes sei keine Erklärung abgegeben worden und habe keine abgegeben werden wollen, indem die Behandlung des Nachlasses nach dem Tode der Juditha E. überhaupt nicht in Frage gestanden sei. Demgegenüber machen die Beklagten geltend, jene Anerkennungserklärurgen hätten sich auf das ganze Testament bezogen und beziehen müssen, insbesondere also auch auf denjenigen Teil der Verfügung, welcher den Eintritt der Stammerbfolge in den Gesamtnachlaß auf den Tod des Längstlebenden bestimme. Es liege eine, auch diesen Teil umfassende, die Erklärenden gegenseitig bindende Anerkennung des Testamentes, somit ein Erbverzicht oder ein Verzicht auf die Erbschaftsklage vor.

Die Prüfung der Sachlage führt zu der von den Beklagten vertretenen weiten Auslegung der Anerkennungserklä-

rungen. Es kommt hiebei zunächst in Betracht, daß das Testament, wie bemerkt, ein zusammenhängendes einheitliches Ganze bildete, und daß, wie anzunehmen ist, die hierauf gerichtete Intention der Testatoren auch den Beteiligten bekannt sein mußte. Hiezu kommt, daß das Interesse der jetzigen Beklagten an der Ausführung des zu ihren Gunsten lautenden Testamentes für sie ein dringender Grund war, die Anerkennung des Gesamtinhalts des Testaments ihrerseits zu erklären, andererseits zu erhalten. Ueberdies mußte allen Beteiligten klar sein, daß die bei dem Eröffnungsakt vom 25. Jan. 1886 gleichfalls anwesende Juditha E. das Testament nur als ein einheitliches, also auch für den Fall der auf ihren Tod bevorstehenden Nachlaßregulierung, anerkannt wissen wollte, indem sie nicht bloß als Erbin, sondern als Testiererin das dringendste Interesse an der Aufrechthaltung des Testaments hatte, und auf Grund der von allen Beteiligten abgegebenen Erklärungen die Erbschaft des Johannes E. nur als eine von ihr mit ihrem eigenen Vermögen gemäß dem Inhalte des Testamentes den Geschwisterkindern zu hinterlassende Masse antreten und in Empfang nehmen wollte. Die Kläger hätten hiernach, wenn sie nur eine auf den unmittelbar vorgelegenen Todesfall beschränkte Erklärung hätten abgeben wollen, diese im Wortlaut entsprechend beschränken müssen und gewiß auch beschränkt. Ihre ganz allgemeine Erklärung trägt aber keine Spur einer solchen Beschränkung an sich. Diejenige des Christian E. bezieht sich sogar ausdrücklich auch auf das Testament der Juditha E. In der Erklärung der übrigen Kläger, daß sie das Testament anerkennen und daß sie wünschen, daß die Juditha E. als Universalerbin betrachtet werde, ist keine Restriktion der Anerkennung, sondern nur eine Anwendung der allgemeinen Anerkennung auf den zunächst vorliegenden Fall zu finden.

Diese allgemeinen Anerkennungserklärungen haben die Kläger abgegeben, im Bewußtsein der Richtigkeit des Testaments, sowie davon, daß in demselben abweichend von der gesetzlichen Regel auf den Tod der Juditha E. Teilnng des

Gesamtnachlasses nach Stämmen verordnet ist. Ein Irrtum in dieser Beziehung ist seitens der Kläger nicht geltend gemacht.

Mit der allgemeinen vorbehaltlosen Anerkennung des Testaments unterwarfen sich hiernach die Kläger zu Gunsten der Beklagten zum voraus für den Fall des nunmehr eingetretenen Todes der Juditha E. jener Bestimmung der Teilung nach Stämmen. Diese Erklärung ist für die Kläger bindend, wenn sie von den Beklagten angenommen worden ist. Daß die Annahme erfolgte, kann nach der Lage der Sache nicht bezweifelt werden.

Man darf an die vorliegenden Erklärungen in dieser Richtung nicht die Anforderung stellen, daß sie in förmliche Vertragsform einzukleiden gewesen wären. Es genügt, wenn die Acceptation, das vertragsmäßige Element, aus den Umständen zu entnehmen ist. Bezüglich der am 25. Januar 1886 abgegebenen Erklärungen ist ohne weiteres anzunehmen, daß sie zwischen den Beteiligten gegenseitig abgegeben, also auch acceptiert worden sind. Ausschlaggebend ist in dieser Beziehung der schon hervorgehobene Umstand, daß den Beklagten (und der Juditha E.), wie den Klägern bekannt sein mußte, daran gelegen war, die allgemeine Anerkennung des Testamentes auch seitens der Kläger zu erhalten. In Ansehung der nachher von Christian E. abgegebenen Erklärung aber war die Nachlaßbehörde ohne Zweifel befugt und seitens der anderen Beteiligten ermächtigt, dieselbe im Interesse und im Namen der letzteren in Empfang zu nehmen, und die Behörde hat auch die Erklärung zweifellos in dieser Weise und mit dieser rechtlichen Wirkung in Empfang genommen. Andernfalls hätte sie nicht zur Zuweisung des Nachlasses des Johannes E. an die Juditha E. schreiten können. Hiernach war ein weiterer Annahmeakt der Erklärung des Christian E. seitens der andern Beteiligten nicht erforderlich [1]).

Durch diese bindenden Anerkennungserklärungen konnte allerdings das Testament des Johannes E. und der Juditha E.

1) Bähr, die Anerkennung, 2. Aufl., § 51. S. 213 f., Anm. 3a.



nicht gültig werden. Aber die Kläger sind durch dieselben den Beklagten gegenüber verpflichtet, sich jetzt dem Testamente zu unterwerfen, wie wenn es ein gültiges wäre, d. h. anzuerkennen, daß die Teilung des Gesamtnachlasses nach Stämmen vorgenommen werde. Ihrem Verlangen, daß gemäß der gesetzlichen Regel Teilung nach Köpfen stattfinde, steht der Einwand des dolus entgegen [1]). Der Antrag auf Feststellung, daß das Testament nichtig sei, verfolgt keinen selbständigen Zweck, sondern soll nur das Mittel sein, um die Vornahme der Teilung nach der Regel der Intestaterbfolge verlangen zu können.

Nach dem Ausgeführten war die Klage abzuweisen.

Urteil des II. Civilsenats vom 31. Oktober 1889 in Sachen der Witwe Anna Maria E. von Jesingen und Gen. gegen den Bauern Christian E. von dort und Gen., Feststellungsklage wegen Erbschaft betreffend [2]).

77.

Anerkennung eines Testamentes. Aufhebung desselben durch Errichtung eines Erbvertrages, durch ein späteres Testament, durch ausdrücklichen und stillschweigenden Widerruf.

Am 18. Juni 1856 errichteten Johannes F. von Hermaringen O./A. Heidenheim und seine erste Ehefrau ein Testament, in welchem sie sich gegenseitig zu Erben einsetzten und verordneten, daß nach dem Tode des Letztlebenden das noch vorhandene Vermögen zu $^2/_3$ unter den Verwandten des Mannes, nach Stämmen teilbar, zu $^1/_3$ unter den Verwandten der Frau zur Verteilung kommen solle. Dabei wurde bestimmt, „daß, falls Kinder oder weitere Deszendenten vorhanden seien, auch die in entfernteren Graden stehende Nachkommenschaft als

---

1) Bähr a. a O.; Dedekind, die Anerkennung ungültiger letztwilliger Anordnungen; Windscheid, Band III. § 566; Seuffert's Arch. XXXX. Bd. Nr. 122.

2) Die von den Klägern gegen dieses Urteil eingelegte Revision wurde von dem Reichsgerichte zurückgewiesen.

Erben eintreten, indem stets die Kinder an der Stelle ihres verstorbenen Elternteiles nach Stämmen an der Erbschaft Anteil haben sollen." Das Testament ist in Ulm errichtet worden, „weil", wie in demselben bemerkt ist, „die F.'schen Eheleute vermeiden wollen, daß ihre Angehörigen von dieser Handlung Kenntnis erhalten." Nach dem im Jahre 1876 erfolgten Tode seiner ersten Ehefrau verheiratete sich Johann F. zum zweiten mal und schloß, nachdem er sich mit den Erben seiner ersten Ehefrau abgefunden hatte, am 23. Juni 1877 mit seiner zweiten Ehefrau einen Ehe- und Erbvertrag, und am 21. Juli 1881 einen Nachtragsvertrag hierzu. In dem ersten dieser je unter Zuziehung von sechs Zeugen abgeschlossenen Verträge ist neben der Ordnung des ehelichen Güterverhältnisses bestimmt: § 2. „Stirbt der Ehemann vor der Ehefrau ohne Kinder aus seiner derzeitigen Ehe, so erhält die Frau für ihre Erbschaftsansprüche aus dem Nachlaß des Ehemanns 2600 M. Der übrige Nachlaß des Ehemanns soll seinen Seitenverwandten landrechtlicher Ordnung gemäß zufallen." In gleicher Weise ist für den Fall des kinderlosen Vorabsterbens der Ehefrau Bestimmung über deren Beerbung getroffen. In dem Nachtragsvertrag ist zusätzlich bestimmt, daß die Ehefrau außer jenen 2600 M. noch einen Anteil an der vom Ehemanne hinterlassenen Fahrnis erhalten solle, „und zwar, da dessen Erben Geschwister und Geschwisterkinder sind, einen Stammteil, so daß sie hierbei mit diesen Erben zu gleichen Teilen konkurriert, wenn aber lauter Geschwisterkinder erben, erhält sie mit diesen gleichen Teil." Im Jahre 1881 errichtete Johannes F. ein einseitiges Testament, welches er im Jahre 1885 wieder vernichtete. Im Jahr 1884 ist seine zweite Ehefrau, nachdem sie gleichfalls ein Testament errichtet hatte, im April 1888 Johannes F. selbst gestorben. Seine Intestaterben waren nur Kinder vollbürtiger Geschwister. Von diesen erhoben sieben Kinder eines verstorbenen Bruders gegen eine Nichte und zwei Geschwister*enkel* des Johannes F. Klage auf Feststellung, daß der noch unverteilte Nachlaß des F. landrechtlicher Ordnung gemäß und nicht nach dem Testamente von 1856 zu teilen, demnach die erstgenannte

Beklagte mit den übrigen Geschwisterkindern nur zu einem Kopfteile, die beiden anderen Beklagten aber überhaupt nicht erbberechtigt seien. Die Klage ist in erster Instanz abgewiesen und von dem Oberlandesgerichte auch die hiegegen erhobene Berufung zurückgewiesen worden aus folgenden Gründen:

I. Die erhobene Klage ist darauf gestützt, daß die Kläger als Geschwisterkinder des Erblassers nächste Intestaterben desselben sind. Der unbestrittene Nachweis dieser Eigenschaft der Kläger genügt an sich zur Klagbegründung. Die Beklagten berufen sich dagegen auf das hinsichtlich seiner formgültigen Errichtung unbeanstandete Testament des Erblassers vom 18. Juni 1856, in welchem, abweichend von der gesetzlichen Ordnung (Landrecht IV 21 § 4), die Geschwister und die Geschwisterkinder des Testators nach Stämmen berufen werden, mit der ausdrücklichen Maßgabe, daß, wenn einer dieser Verwandten vor dem Erblasser sterbe, die Deszendenten desselben an seine Stelle treten sollen. Hiergegen machen die Kläger geltend, das erwähnte Testament sei durch verschiedene Akte aufgehoben worden, nämlich durch die Errichtung des Ehe- und Erbvertrages vom 23. Juni 1877, durch das von Johannes F. im Jahre 1881 errichtete zweite Testament, durch ausdrücklichen und stillschweigenden Widerruf seitens des Testators. Die Beklagten, welche die Aufhebung des ersten Testaments bestreiten, behaupten überdies, die Kläger müssen dasselbe jedenfalls gegen sich gelten lassen, weil sie bei der am 11. Juni 1888 erfolgten Eröffnung des Testamentes dieses anerkannt hätten. Diese Behauptung ist jedoch zu verwerfen, weil bei der Anerkennung des Testamentes die Kläger nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten weder den Ehe- und Erbvertrag, noch die Errichtung des zweiten Testamentes noch die Thatsachen gekannt haben, auf welche sie jetzt die Behauptung des Widerrufes stützen. Um auf die Anerkennung eines Testamentes, dessen Gültigkeit oder Rechtswirksamkeit in Frage steht, gegen den Anerkennenden Rechte ableiten zu können, ist erforderlich, daß der Anerkennende bei der Abgabe der Anerkennungserklärung die der Wirksamkeit des Testamentes ent-

gegenstehenden Thatsachen gekannt hat [1]). Hiernach hängt die Entscheidung des Rechtsstreites allein noch von der Frage ab, ob das erste Testament des Erblassers in der Folge aufgehoben worden ist.

II. Die Kläger finden, wie bemerkt, zunächst eine solche Aufhebung in dem Abschluß des Ehe- und Erbvertrages vom 23. Juni 1877, insofern der Erblasser durch diesen Vertrag die Erbfolge in seine Verlassenschaft im ganzen zu ordnen, insbesondere auch seine Seitenverwandten endgültig zu berufen beabsichtigt habe.

Ein Testament wird zweifellos auch durch die spätere Errichtung eines Erbvertrages in gleicher Weise aufgehoben, wie durch spätere Errichtung eines Testamentes [2]). Hiernach muß, wenn der Erbvertrag dem früheren Testamente gegenüber aufhebend wirken soll, vertragsmäßig über die Beerbung des früheren Testators Bestimmung getroffen sein. Der Vertrag vom 23. Juni 1877 bezweckt jedoch eine vertragsmäßige Regulierung nur bezüglich des zwischen den Eheleuten einzuführenden Güterverhältnisses und im Anschluß hieran bezüglich der Rechte der Ehegatten je an der Verlassenschaft des vorabsterbenden Gatten für den Fall, daß bei dessen Tod keine Kinder aus der Ehe vorhanden sein sollten. Allerdings ist sodann für diesen Fall gesagt, der übrige Nachlaß des Ehemannes, d. h. soweit nicht ein bestimmter Teil der Ehefrau vertragsmäßig zugesichert worden, solle seinen Seitenverwandten landrechtlicher Ordnung gemäß zufallen. Allein hiermit ist keine vertragsmäßige Erbeinsetzung dieser Verwandten vorgenommen. Der Annahme einer solchen Erbeinsetzung widerspricht schon der Zweck des Ehe- und Erbvertrages, sowie der Wortlaut der erwähnten Bestimmung. Die Art und Weise,

1) Windscheid, Pand. III § 566 Ziff. 2 Note 6; Württ Archiv XIX S. 334; Entscheidungen des R.G. in Civils. VIII Nr. 76. S. oben S. 300 f.

2) S. Griesinger, Komment. zum württ. Landrechte III Tit. 20. Band 6 S. 471; Reinhard, Komment. II S. 216; Stein-Hohl, württ. Erbrecht § 91 Ziff. 3; Römer, Erbrecht § 239 Ziff. 4.

in welcher der zuerst versterbende Gatte in Ansehung desjenigen Teiles des Nachlasses, welcher nicht dem überlebenden Gatten zugesichert war, von seinen Seitenverwandten beerbt werden sollte, bot auch für den andern Gatten, welcher diesem Teile des Nachlasses und diesen Seitenverwandten fremd gegenüber stand, keinerlei Interesse und es ist kein Anlaß denkbar, durch welchen die Gatten bestimmt worden sein könnten, auch in dieser Richtung sich vertragsmäßig zu obligieren. Hierzu kommt, daß eine Bestimmung über die Erbfolge der Seitenverwandten überhaupt nur für den einen ausgehobenen Fall getroffen ist. Wie wenig Johannes F. und seine zweite Ehefrau beim Abschluß des Ehevertrages daran gedacht haben, sich in Ansehung der Beerbung durch ihre Seitenverwandten selbst für den in § 2 des Vertrages gedachten Fall vertragsmäßig zu obligieren, zeigt zum Ueberfluß auch noch die Thatsache, daß Beide, soweit der Nachlaß nicht vertragsmäßig dem andern Gatten zugesichert war, testamentarisch, also einseitig je abweichend von den betreffenden Bemerkungen in dem Ehe- und Erbvertrag verfügten. Dieser Vertrag enthält hiernach eine vertragsmäßige Erbregulierung nur in Ansehung eines und zwar des kleineren Teiles des Nachlasses des erstversterbenden Gatten. Durch einen derartigen Vertrag, welcher als solcher den größten Teil des Nachlasses unberührt ließ wurde aber das Testament vom 18. Juni 1856 nicht aufgehoben, sowenig als das letztere durch ein Testament von so beschränktem Inhalt aufgehoben worden wäre [1]). Die Behauptung, der Ehe- und Erbvertrag enthalte in den erwähnten den Eintritt der Verwandten betreffenden Stellen einseitige testamentarische Bestimmungen der Ehegatten, ist nicht aufgestellt. Man braucht deshalb der Frage nicht näher zu treten, ob solche Bestimmungen in einem Erbvertrage mit rechtlicher Wirksamkeit getroffen werden können, beziehungsweise welche Wirkung solchen Bestimmungen, wären sie als beabsichtigt anzusehen, im vorliegenden Falle in Ansehung des Testamentes

1) **Windscheid**, Pand. III § 565 bes. Note 2.

vom 18. Juni 1856 beizumessen wäre. Für die Entscheidung dieses Rechtsstreites kommt es hiernach allein auf die Thatsache an, daß jene Stellen keine vertragsmäßige Erbeinsetzung enthalten. Welche Bedeutung jenen Stellen im Sinn der Eheleute zukommen sollte, kann dahingestellt bleiben. Immerhin ist darauf hinzuweisen, daß in dem Testamente vom 18. Juni 1856 selbst als Grund, warum Johannes F. und seine erste Ehefrau dasselbe in Ulm, anstatt in ihrer Heimat Hermaringen, errichteten, angegeben ist, es solle das Testament hiedurch vor den Angehörigen möglichst geheimgehalten werden. Im Hinblick hierauf liegt es sehr nahe, den bezeichneten Stellen des Vertrages überhaupt eine ernstliche Bedeutung abzusprechen.

Aehnlich verhält es sich mit dem Nachtrage zu dem Ehe- und Erbvertrag vom 21. Juli 1881. In demselben wurde zwischen den Gatten nur vereinbart, daß sie aus dem Nachlasse des vorabsterbenden Teiles je einen gewissen Teil der Fahrnis erhalten sollen. Der für die Ehefrau bestimmte Teil der Fahrnis aus der Verlassenschaft des Mannes ist allerdings verschieden festgesetzt, je nachdem dessen Erben Geschwister und Geschwisterkinder oder lauter Geschwisterkinder seien. Allein hierin kann nur die Angabe eines Motives für die verschiedene Bemessung des der Ehefrau gebührenden Teiles der Fahrnis gefunden werden, aus welchen ein Schluß darauf, daß die Ehegatten in dem Ehe- und Erbvertrag die vertragsmäßige Einsetzung der Seitenverwandten beabsichtigt hätten, nicht gestattet ist. Noch weniger folgt hieraus eine derartige Absicht für den Nachtragsvertrag.

Eventuell machen die Kläger geltend, die mehrerwähnte Bemerkung in § 2 des Ehe- und Erbvertrags enthalte einen rechtsgültigen ausdrücklichen Widerruf des Testamentes vom 18. Juni 1856 seitens des Testators. Nach Landrecht III. 20 § 2 kann ein Testament allerdings widerrufen werden vor Gericht oder vor vier ehrlichen hierzu tauglichen Personen. Selbstverständlich muß aber die Widerrufsabsicht aus der betreffenden Erklärung des Testators deutlich hervorgehen, wenn auch nicht der Gebrauch solenner Worte verlangt werden darf. Die Be-

merkung in § 2 des Ehe- und Erbvertrags weicht nun zwar inhaltlich anscheinend von der betreffenden Bestimmung des Testamentes ab. Allein ein ausdrücklicher Widerruf desselben kann aus ihr nicht entnommen werden. Es fehlt jede Hinweisung auf das Testament, welche doch nötig wäre, um auf die Widerrufsabsicht schließen zu können, und auch bei freiester Interpretation an einem Ausdruck einer solchen Absicht. Ueberdies stände der Annahme der Widerrufsabsicht der aus der Angabe des Testamentes über den Grund der Wahl des Errichtungsortes schon abgeleitete Zweifel, ob der Bemerkung in § 2 des Ehe- und Erbvertrages überhaupt eine ernstliche Bedeutung beigemessen werden könne, gleichfalls entgegen.

Kläger behaupten weiter, das Testament vom 18. Juni 1856 sei jedenfalls durch das von Johannes F. im Jahre 1881 errichtete, im Jahre 1885 wieder vernichtete Testament aufgehoben worden. Nach dem hierin mit dem gemeinen Rechte übereinstimmenden württembergischen Landrecht (III. 20 § 4) wird das frühere Testament aufgehoben, wenngleich das spätere Testament in der Folge von dem Testator vernichtet wird, es müßte denn die Vernichtung vom Testator bewirkt worden sein, um das frühere Testament wieder in Kraft zu setzen. Selbstverständliche Voraussetzung der Aufhebung des früheren Testamentes durch das spätere ist aber, daß dieses gültig errichtet worden ist. Diese Voraussetzung hat derjenige, welcher sich auf die Aufhebung beruft, soweit nötig, thatsächlich zu begründen und zu beweisen [1]). Die Behauptung geht in dieser Richtung lediglich dahin, daß bei der Errichtung des zweiten Testamentes alle Förmlichkeiten eines gemeinrechtlichen schriftlichen Privattestamentes beobachtet worden seien, eventuell daß das Testament jedenfalls den Erfordernissen der württembergischen

1) Windscheid, a a. O § 565; Sintenis, Civilrecht III § 179 II. A. 5a und Anm. 41; Wächter, Pand. II § 296 S. 743; Weishaar, württ. Privatrecht III §§ 837, 838; Reinhard, Kommentar zum württ. Landrecht III 20 § 4, Bd. 2 S. 214 f.; Stein-Hohl a. a. O. § 91 No. 3; Römer a. a. O. § 239 No. 3. Vergleiche Entsch. des R.G. in Civilsachen II No. 95 S. 363 f.

sogenannten siebenten Testamentsform entsprochen habe. Hiefür wurde sich auf das Zeugnis des Verfassers des Testamentes und von drei weiteren Personen, welche mit jenem der Errichtung als Testamentszeugen angewohnt hätten, berufen. Wenn nun auch zum Beweise der formgültigen Errichtung eines schriftlichen Privattestamentes die Vorlegung der Testamentsurkunde nicht erforderlich ist, dieser Beweis vielmehr auf jede prozessualisch zulässige Weise geführt werden kann, so muß doch nach allgemeinen Grundsätzen der Beweisantritt hinlänglich thatsächlich begründet sein. Diesem Erfordernis entsprechen die angeführten vagen Behauptungen der Kläger nicht. Die Kläger hätten im einzelnen darlegen müssen, daß die für das gemeinrechtliche schriftliche Privattestament oder wenigstens die für ein Testament nach der sogen. siebenten Form wesentlichen Förmlichkeiten beobachtet worden seien. Bei solcher thatsächlichen Begründung wäre das Gericht in der Lage gewesen, zu prüfen, ob der für die Behauptungen angetretene Beweis einzuziehen sei. Wie der Beweisantritt lautet, müßten die benannten Zeugen, welchen, außer dem Verfasser des Testamentes, eine Kenntnis der betreffenden Gesetze selbstverständlich nicht beiwohnt, lediglich ihre Ansicht darüber äußern, ob das Testament formgültig errichtet worden sei. Zeugen sind aber für gewisse Thatsachen zu benennen, nicht zur Aeußerung einer Ansicht oder eines Urteils über derartige Formfragen, welche zugleich schwierige Rechtsfragen in sich schließen. Das Gericht wäre darauf angewiesen, den benannten Zeugen der Reihe nach die verschiedenen einzuhaltenden Förmlichkeiten vorzuhalten, sie darüber zu belehren und darauf hin zu fragen, ob die Form eingehalten worden. Dies wäre unzulässig. Ueberdies zeigt die in erster Instanz erfolgte Vernehmung des Verfassers des Testamentes, daß hiervon kein Erfolg zu erwarten wäre, indem derselbe über die formgültige Errichtung des Testamentes nur angeben konnte, er glaube, daß er das Testament in der gemeinrechtlichen Form mit sieben Zeugen als schriftliches Testament aufgenommen habe. Es liegt auf der Hand, daß hieraus auf die vollgültige Errichtung des Testamentes nicht

geschlossen werden kann. Ist hiernach die auf die Errichtung des zweiten Testamentes gestützte Behauptung der Aufhebung des Testamentes vom 18. Juni 1856 schon deshalb zu verwerfen, weil es dem Kläger'schen Vorbringen in Ansehung der gültigen Errichtung des zweiten Testamentes an der nötigen thatsächlichen Begründung fehlt, so ist ein Eingehen auf die Frage nicht geboten, ob nicht auch der Inhalt des zweiten Testamentes in dem Maße bewiesen werden müßte, daß geprüft werden könnte, inwieweit der Grundsatz der Ausschließlichkeit der testamentarischen Berufung, auf welchem die Aufhebung eines Testamentes durch ein späteres Testament beruht[1]), auf den vorliegenden Fall zutreffe, und kann auch dahingestellt bleiben, ob, wie die Beklagten vermuten, die Vernichtung des zweiten Testaments von dem Erblasser in der Absicht, das erste Testament wieder aufleben zu lassen, vorgenommen wurde. Auch die weitere Behauptung der Kläger, in der Errichtung des zweiten Testamentes müsse eine ausdrückliche Widerrufserklärung gefunden werden, ist zu verwerfen. Denn, abgesehen davon, ob die Beiziehung der gesetzlich erforderlichen Zeugen erweislich wäre, unterscheidet das Gesetz zwischen der Aufhebung eines Testamentes durch ausdrücklichen (wörtlichen) Widerruf und derjenigen durch Errichtung eines späteren Testamentes. Daß Johannes F. in dem zweiten Testamente den Widerruf des ersten Testamentes erklärt hätte, ist nicht behauptet.

Endlich ist auch ein Widerruf des Testamentes vom 18. Juni 1856 durch konkludente Handlungen des Testators nicht dargethan. Die Kläger finden einen solchen Widerruf vor allem in dem erwähnten Ehe- und Erbvertrag und in der Thatsache der Errichtung des zweiten Testamentes. Das Landrecht III. 20 § 3 zählt allerdings die Fälle, in welchen eine (stillschweigende) Testamentsaufhebung durch konkludente Handlungen des Testators angenommen werden soll, nicht erschöpfend auf. Allein die Vergleichung der daselbst hervorgehobenen Beispiele

1) **Windscheid** a. a. O. § 565 bes. Note 2; vergl. Landrecht III, 20 § 4.

mit den angeführten Thatsachen ergiebt, daß auf die letzteren die Annahme eines stillschweigenden Widerrufes des ersten Testamentes durch den Johannes F. nicht gebaut werden kann. Jene Thatsachen, welche von den Klägern zunächst als selbständige Aufhebungsgründe geltend gemacht wurden und als solche verworfen werden mußten, könnten als konkludente Handlungen im Sinne des Gesetzes nur dann angesehen werden, wenn hiefür besondere thatsächliche Anhaltspunkte vorliegen würden. An solchen fehlt es aber im vorliegenden Falle.

Urteil des II. Civilsenats des K. Oberlandesgerichts vom 23. Januar 1890 in Sachen des Söldners Michael F. in Hermaringen und Genossen gegen die Witwe Walpurga N. in Langenau und Genossen, Erbschaftsklage betreffend [1]).

78.

Ueber die Frage, ob im Falle der Bestellung mehrerer Bevollmächtigter die von nur einem derselben namens des Vollmachtgebers mit dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte für und gegen den Vollmachtgeber wirksam sind [2]),

ist in den Gründen zu einem Urteile des Oberlandesgerichts nachstehendes ausgeführt:

Im gemeinen Rechte besteht keine allgemeine gesetzliche Vorschrift des Inhaltes, daß im Falle gleichzeitiger Bestellung mehrerer Vertreter ein Dritter sich mit Wirkung für den Vertretenen nur mit sämtlichen Vertretern einlassen dürfe. In l. 1 § 13, 14 D. de exercit. act. 13, 1 und l. 11 § 5 D. de instit. act. 13, 4 ist vielmehr ausgesprochen, daß solchenfalls der Dritte mit jedem einzelnen Vertreter gültig kontrahiere, wenn nicht von dem Besteller der mehreren Vertreter bestimmt

1) Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision wurde von dem Reichsgerichte zurückgewiesen.

2) In dem betreffenden Falle handelte es sich um die Wirksamkeit einer für den Vollmachtgeber an den einen von zwei Bevollmächtigten allein geleisteten, von dem letzteren in der Folge unterschlagenen Zahlung.

worden, daß sie nur in ihrer Gesamtheit den Prinzipal vertreten. Die hiervon abweichende Vorschrift in C. 6 in VI° de procur. I, 19 bezieht sich, wie der Unterrichter mit Recht annimmt, nur auf den Prozeß. Es kommt demnach auf die durch die konkrete Sachlage bedingte Auslegung der Bevollmächtigung an [1]). Diese führt aber im vorliegenden Fall zur Verneinung der Frage, ob die von dem Kläger auf seinen Bruder und seine (ledige, volljährige) Schwester ausgestellte Generalvollmacht in dem strengen Sinn einer Kollektivvollmacht zu verstehen sei. Die gleichzeitige Bevollmächtigung Mehrerer in einer Urkunde genügt nicht ohne weiteres, um die Annahme einer Kollektivvollmacht zu begründen. Die fragliche Vollmacht enthält auch, sofern sie den Bruder und die Schwester des Klägers als Bevollmächtigte bezeichnet und im übrigen den gewöhnlichen Inhalt der Formularien für Generalvollmachten aufweist, in ihrem Wortlaute keine Hinweisung darauf, daß die beiden Bevollmächtigten nur zusammen für den Kläger sollten handeln dürfen. Auch sonst sind klägerischerseits keine Umstände geltend gemacht, aus denen ersichtlich wäre, daß Kläger seine beiden Geschwister in diesem Sinne bevollmächtigt hätte. Im Gegenteile sprechen dafür, daß Kläger die Vollmacht in dem Sinne ausstellte, daß die beiden Bevollmächtigten auch je allein ohne Zuziehung des anderen den Kläger zu vertreten befugt sein sollten, verschiedene erhebliche Umstände ...

Aber selbst, wenn angenommen werden müßte, daß der dem Beklagten erkennbare Wille des Klägers dahin ging, der Beklagte dürfe sich nur mit den beiden Bevollmächtigten einlassen und nur an sie zusammen das bei ihm für den Kläger hinterlegte Geld auszahlen, wäre im vorliegenden Falle die an den

1) S. Thöl, das Handelsrecht 5. Aufl. I S. 198; Holzschuher, Th. und Cas, 3. Aufl. III § 276 S. 666 Note; Sintenis, Civilrecht II § 102 bei A. 68. Auf demselben Standpunkte steht, abweichend von einem Teile der modernen Gesetzgebungen, welche Auslegungsregeln verschiedenen Inhaltes enthalten, der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (Motive Teil I S. 233, II S. 536). — Ueber C. 6 in VI° de procur. s. Glück, Kommentar V S. 262, Wetzell, Civilprozeß § 10 S. 84 f., Bayer, Vorträge § 116; jetzt R.C.P.O § 80.

einen Bevollmächtigten (den Bruder des Klägers) allein erfolgte Auszahlung des Geldes als an beide Bevollmächtigte erfolgt anzusehen. Es liegt in der Natur der Sache, daß bei einer derartigen umfassenden Kollektivbevollmächtigung die Vertretung des Vollmachtgebers sich nicht immer derart bethätigen läßt und bethätigt, daß die mehreren Bevollmächtigten bei jedem Akte zusammen thätig sind. Ist nur einer der Bevollmächtigten thätig und hat der andere Kenntnis von dieser Thätigkeit, ist der letztere (wie im vorliegenden Falle) zumal am Orte der Handlung anwesend mit der Kenntnis, daß die Handlung vor sich gehe, und läßt er sie geschehen, so wird sein Verhalten, soweit es sich nicht um die Vornahme formaler Akte handelt, unter Umständen als ein Mitauftreten, Mithandeln oder als Zustimmung zu dem Alleinhandeln des anderen, bezw. als Genehmigung des Handelns des letzteren aufzufassen sein mit der Wirkung, daß auch der Vertretene die Handlung als von den beiden Bevollmächtigten erfolgt, daher die volle Rechtswirksamkeit derselben für und gegen sich anzuerkennen hat. Solche Zustimmung oder Genehmigung ist unter Umständen sogar dann anzunehmen, wenn der nicht mitthätige Bevollmächtigte nur dessen sich bewußt ist, daß der betreffende Rechtsakt von dem anderen Bevollmächtigten oder diesem gegenüber wahrscheinlich werde vorgenommen werden, indem solchenfalls die eventuelle Zustimmung oder Genehmigung in Frage kommen kann [1]). Diese Auffassung trifft für den vorliegenden Fall zu.

Urteil des II. Civilsenats in Sachen des Johannes F. in Weiler Gemeinde Ettenkirch O./A. Tettnang gegen den Schultheißen K. in Eggenweiler Gem. Ettenkirch, Ersatzforderung betreffend, vom 27. März 1890.

1) Vergl. Entsch. des vorm R.O.H.G. XVI No. 11 S. 34 ff, XVII Nr 95 S. 402 f.

79.

Einwand der Simulation gegenüber einem den formellen Erfordernissen des Gesetzes vom 23. Juni 1853 entsprechenden Kaufvertrage; Bestätigung des früheren nichtigen Vertrages durch Neuabschluß desselben.

Am 9. Mai 1889 verkaufte der Bäcker Chr. N. in Crailsheim sein Haus nebst Schweinstall und Hofraum an den Bäcker K. L. daselbst. In der am gleichen Tage gemäß dem Liegenschaftsveräußerungsgesetze vom 23. Juni 1853 aufgenommenen Vertragsurkunde wurde der Kaufpreis auf 14000 M. — zahlbar bar 300 M., am 1. Juli 1889 3700 M., am 1. Oktober 1889 10000 M. — angegeben, während die Kontrahenten in der That als Kaufschilling den Betrag von 17000 M. vereinbart hatten. Am 14. Mai 1889 wurde zwischen denselben eine weitere auf diesen Liegenschaftskauf bezügliche Vereinbarung getroffen. Die hierüber aufgenommene, von beiden Teilen unterzeichnete Urkunde lautet: „Crailsheim. „Zu dem am 9. d. M. abgeschlossenen Kaufvertrag zwischen Chr. N., Bäcker hier, als Verkäufer und K. L., lediger Bäcker hier als Käufer kommt heute noch eine nachträgliche Uebereinkunft dahin zu stande, daß der Käufer noch aus freien Stücken an den Verkäufer für seine Frau und Kinder ein Trinkgeld von 400 M. heute bar bezahlt. Den 14. Mai 1889. Verkäufer Chr. N., Käufer K. L." Der Vertrag wurde so, wie er in der Urkunde vom 9. Mai 1889 niedergelegt ist, am 31. Mai 1889 in das Kaufbuch eingetragen. Am 17. Juni erfolgte das gerichtliche Erkenntnis. Im Juli 1889 bezog der Käufer das Anwesen. Den Barschuß von 300 M., sowie die am 14. Mai stipulierten 400 M. erhielt Chr. N. je sofort von K. L., außerdem zahlte letzterer gemäß gemeinderätlicher Anweisung an Gläubiger des N. den Betrag von 13700 M. Am 29. Juni 1889 hatte Chr. N. von K. L. zum Zweck des Ankaufs eines anderen Hauses ein Darlehen von 670 M. erhalten, welches auf diesem Haus unterpfändlich sichergestellt wurde.

Im Oktober 1889 erhob Chr. N. gegen den K. L. Klage auf Nichtigerklärung des Kaufvertrages vom 9. Mai 1889, sowie auf Herausgabe des verkauften Anwesens gegen Rückbezahlung von 14 400 M., auf Grund der Behauptung, der am 9. Mai abgeschlossene Kaufvertrag, wie er in der Urkunde von diesem Tage niedergelegt worden, sei nichtig, weil er in einem wesentlichen Punkte, in Ansehung des Kaufpreises, ein Scheingeschäft darstelle, also simuliert sei, während dem wirklich zum Kaufpreis von 17 000 M. abgeschlossenen Kaufvertrage das nach dem Gesetze vom 23. Juni 1853 wesentliche Erfordernis der Schriftlichkeit abgehe. Das Gericht erster Instanz wies die Klage ab im wesentlichen in der Erwägung, daß nach dem erwähnten Gesetze bei Liegenschaftsveräußerungsverträgen nur der in der gesetzlichen Form der Schriftlichkeit erklärte Vertragswille beachtet werde und der bloß mündlich erklärte Vertragswille, gleichgültig welcher Art er sei, ob er wesentliche oder außerwesentliche Bestandteile des Vertrages betreffe, rechtlich als nicht existierend zu betrachten sei, und daß diese Tendenz des Gesetzes auch auf einen Fall der vorliegenden Art Anwendung zu finden habe. Auf erhobene Berufung gelangte das Oberlandesgericht gleichfalls zur Klagabweisung, jedoch auf Grund anderer aus nachfolgenden Gründen ersichtlicher Beurteilung der Sache:

I. Für die Entscheidung der Frage, ob zwischen den Parteien ein gültiger Kaufvertrag über das Anwesen des Klägers abgeschlossen worden ist, kommen nur die Verhandlungen vom 9. und 14. Mai 1889, über welche die beiden Urkunden aufgenommen wurden, in Betracht. Der Eintrag in das Kaufbuch vom 31. Mai und 17. Juni 1889 bezweckte lediglich, den schon abgeschlossenen Kaufvertrag, auf welchen der Eintrag selbst Bezug nimmt, öffentlich zu verurkunden und als Grundlage des gerichtlichen Erkenntnisses über den Kaufvertrag zu dienen. Er enthielt keinen neuen selbständigen Kaufvertrag [1]).

II. Nach dem insoweit übereinstimmenden Vorbringen der

1) S. Württ Archiv XV. S. 145, 146.

Parteien steht thatsächlich fest, daß dieselben, Kläger als Verkäufer und Beklagter als Käufer, am 9. Mai 1889 einen Kaufvertrag über das Anwesen des Klägers zu dem Kaufpreise von 17000 M. mündlich fest abgeschlossen haben, ferner, daß im Anschlusse hieran zwischen ihnen verabredet worden ist, es solle anstatt des wirklich vereinbarten Kaufpreises von 17000 M. in die Vertragsurkunde aus gewissen Gründen zum Schein gegen außen nur ein Kaufschilling von 14000 M. aufgenommen werden, und daß in der That dieser Verabredung gemäß in der Vertragsurkunde als Kaufpreis nur die Summe von 14000 M. zum Schein angegeben worden ist. Nur darüber gehen die Angaben der Parteien auseinander, auf wessen Wunsch und auf welchem Motive diese vereinbarte Abweichung des Inhaltes der Urkunde von dem wirklich Verabredeten beruht, indem Kläger behauptet, der Beklagte habe es verlangt, damit sein Vater den wirklichen Kaufpreis nicht erfahre und es nicht so viel Accis koste, der Beklagte aber behauptet, die bei dem Vertragsabschluß anwesend gewesene Schwester des Klägers habe verlangt, man solle nur 14000 M. schreiben, weil man auch für die Kinder des Klägers sorgen müsse, damit auch diesen noch etwas bleibe, d. h. nicht der ganze Kaufpreis zur Tilgung der Schulden des Klägers verwendet werde.

Allein mögen die Angaben des Klägers oder diejenigen des Beklagten wahr sein, immer geht aus denselben hervor, daß beide Teile darüber einig waren, unter ihnen als Kontrahenten solle als wirklicher Kaufpreis nicht die Summe von 14000 M., welche nur zum Schein zur Erreichung eines außerhalb des Vertrages gelegenen Zweckes in die Urkunde aufgenommen werde, sondern die Summe von 17000 Mark gelten, das Anwesen also nicht um 14000 M., sondern um 17000 M. verkauft sein. Zu verwerfen ist die Auffassung, welche der Vertreter der Beklagten über die Bedeutung dieser Verhandlungen vom 9. Mai 1889 zur Geltung zu bringen suchte, daß nämlich die Kontrahenten neben dem in der Urkunde angegebenen Kaufpreise von 14000 durch eine nur mündliche

und deshalb nach dem Gesetze vom 23. Juni 1853 nichtige Nebenberedung noch ein Aufgeld von 3000 Mark verabredet hätten. Es kann vielmehr nach dem Gesamtinhalte der Verhandlungen vom 9. Mai ein Zweifel darüber nicht bestehen, daß die Parteien damals nur einen Kaufvertrag und zwar zu dem Kaufpreise von 17 000 M. abschließen wollten und abgeschlossen haben, und daß die in einem wesentlichen Punkte, nämlich hinsichtlich des Kaufschillings, hiervon abweichende Verurkundung nur zur Verdeckung des wirklich abgeschlossenen Vertrages dienen sollte, diese Urkunde also, insoferne sie äußerlich einen anderen Vertragswillen dokumentiert, ein Scheingeschäft darstellt.

Hiernach handelt es sich, hingesehen auf die Vertragsurkunde vom 9. Mai 1889, um die innere Seite des Vertragsschlusses. Auf diese Seite des Vertrags bezieht sich aber das Liegenschaftsveräußerungsgesetz vom 23. Juni 1853 überhaupt nicht, sondern nur auf die äußere Seite, indem das Gesetz zur Gültigkeit eines Liegenschaftsveräußerungsvertrages die Aufnahme und Unterzeichnung einer Urkunde, welche die wesentlichen Bestandteile des Vertrages mit genügender Deutlichkeit enthält, verlangt [1]). Aus diesem Grunde ist insbesondere wiederholt gegen an sich dem Gesetze entsprechende Vertragsurkunden über Liegenschaftskaufverträge der Einwand des Irrtums, Betruges und des Zwanges für statthaft erklärt worden und muß auch die Berufung auf Simulation zugelassen werden. Die Frage der Zulassung des direkten Gegenbeweises gegen den Inhalt einer an sich vollständigen, unmangelhaften Vertragsurkunde wurde in der Praxis des früheren Obertribunals und des Oberlandesgerichtes von der Frage der Statthaftigkeit von aus der inneren Seite des Vertragsschlusses hergenommenen Einreden immer getrennt. Wurde die Statthaftigkeit jenes Gegenbeweises als gegen den Sinn des Liegenschaftsveräußerungsgesetzes verstoßend verneint, so folgt hieraus keineswegs, daß eine äußerlich unmangelhafte Vertragsurkunde nicht aus

1) Vergl. auch Württemb. Archiv XI S. 166, XIX S. 348, 349 ff.; Lang, Sachenrecht I § 53 S. 272 f.

dem Grunde angefochten werden dürfte, weil diese Urkunde, so wie sie lautet, nicht ernstlich, sondern zum Schein aufgenommen worden sei, zumal, wenn, wie im vorliegenden Falle, nach dem im Wesentlichen übereinstimmenden Vorbringen der Parteien die Absicht der letzteren klar vorliegt, daß die Urkunde nur gewissen, außerhalb des Vertrages liegenden Zwecken dienen, nicht den wirklichen Vertragsinhalt wiedergeben, sondern zum Schein aufgenommen sein soll. In solchem Falle müssen die allgemeinen Rechtsgrundsätze über Willenserklärungen beim Abschluß von Verträgen, welche das Gesetz vom 23. Juni 1853 nicht durchbrochen hat, Platz greifen. Nach diesen Grundsätzen ist der Vertrag vom 9. Mai 1889, nachdem feststeht, daß die Urkunde nach der Absicht beider Teile in einem wesentlichen Vertragsteile nur ein Scheingeschäft darstellt, so wie er in der Urkunde niedergelegt ist, wegen Simulation nichtig [1]), der wirklich verabredete Kaufvertrag aber dem Gesetze vom 23. Juni 1853 gemäß wegen mangelnder Schriftform nichtig.

III. Der Beklagte schützt aber gegen die Klage die „Einrede des Verzichtes" vor, welche er in dieser Instanz — unter eingehender Darstellung des Herganges — dahin präzisiert: am 14. Mai 1889 hätten die Parteien einen Vertrag abgeschlossen, wonach Kläger gegen Bezahlung von 400 Mark um die weiteren 3000 Mark (über die in der Urkunde vom 18. Mai 1889 angegebenen 14 000 M.) abgefunden worden sei. Dieser Vertrag, über welchen die Urkunde vom gleichen Tage aufgenommen worden, enthalte eine Nachtragsübereinkunft oder einen Zusatzvertrag zu dem Vertrag vom 9. Mai und es sei Sinn und Zweck desselben gewesen, daß gegen die Abfindung von 400 M. der im übrigen bestätigte Vertrag, wie er in der Urkunde vom 9. Mai niedergelegt worden, nunmehr gelten solle. Der Kläger behauptet demgegenüber, er habe am 14. Mai 1889 nur eine Abschlagszahlung an jenen 3000 M. erhalten, und die Urkunde vom 14. Mai verfolge gleichfalls nur den Zweck der Simulation, insoferne

1) l. 2, 3 Cod. plus valere quod agitur 4, 22.

derselben ihr Wortlaut zu dem Zwecke gegeben worden sei, um der Entdeckung des Umstands vorzubeugen, daß am 9. Mai ein höherer Kaufpreis, als der in der Urkunde von diesem Tage angegebene, verabredet worden.

Beklagter behauptet hiernach Bestätigung des alten Vertrages durch Neuabschluß desselben am 14. Mai 1889. Daß ein nichtiger Vertrag durch Neuabschluß desselben Gültigkeit erlangt, darüber herrscht in Theorie und Praxis kein Zweifel [1]). Vorausgesetzt ist selbstverständlich, daß der neue Vertrag seinerseits nicht an einem wesentlichen Mangel leidet, insbesondere den etwaigen formellen Erfordernissen entspricht. Auch unterliegt es nach dem Liegenschaftsveräußerungsgesetze vom 23. Juni 1853 rechtlich keinem Bedenken, daß ein Liegenschaftsveräußerungsvertrag in der Weise abgeschlossen wird, daß in einer Urkunde Bezug genommen wird auf eine frühere, dasselbe Kaufobjekt betreffende und an sich den Erfordernissen des erwähnten Gesetzes entsprechende Vertragsurkunde, selbst wenn durch die spätere Urkunde eine Modifikation der in der früheren Urkunde enthaltenen Vertragsbedingungen ausgedrückt oder ein Zusatz zu denselben beigefügt wird, woferne nur als Absicht der Kontrahenten erhellt, daß diese zwei Urkunden zusammen den Vertrag darstellen sollen. Nur muß auch die zweite Urkunde den durch das Gesetz für die Gültigkeit des Vertrages bestimmten Erfordernissen genügen, entweder durch Bezugnahme auf den Inhalt der früheren Vertragsurkunde oder direkt. Jedenfalls muß sie die Ortsangabe und das Datum des neuen Vertrages sowie die Unterschriften der Kontrahenten enthalten [2]). Das Datum des Vertrages kann aber gemäß dem Liegenschaftsveräußerungsgesetz nur ein einheitliches sein, und zwar wird solchenfalls das Datum des neuabgeschlossenen Vertrages als das maßgebende erscheinen müssen [3]).

---

1) **Windscheid**, Pand. I § 83 No. 2 Note 10; **Wächter**, Württ. Privatrecht II § 86 S. 663, § 100 S. 740, bes. Note 5, Pand. I § 84 No. I. 5 S. 422, 429 ff.

2) Vergl. Württ. Archiv XVI S. 60.

3) S. besonders **Wächter** a. a. O.

Nach der Erzählung des Beklagten — deren Beweis vorausgesetzt — ist die Annahme allerdings gerechtfertigt, daß die Parteien am 14. Mai 1889 dahin übereingekommen sind, der Vertrag über den Verkauf des Anwesens des Klägers solle so, wie er in der Urkunde vom 9. Mai 1889 niedergelegt worden, gelten gegen weitere Bezahlung von 400 M. über die in der Urkunde vom 9. Mai als Kaufpreis bezeichnete Summe von 14 000 M., sowie daß diese Uebereinkunft einen Nachtragsvertrag zu dem Vertrag vom 9. Mai und mit diesem zusammen einen Vertrag bilden sollte. Ist die Erzählung des Beklagten richtig, so unterliegt ferner auch die Annahme keinem Bedenken, daß als Datum des Vertragsschlusses — auch im Sinne der Parteien — der 14. Mai 1889 anzusehen wäre. Der Umstand, daß die Kontrahenten bei dem Eintrage des Vertrages in das Kaufbuch die Vertragsurkunde vom 9. Mai, nicht auch diejenige vom 14. Mai vorlegten, steht dieser Annahme nicht entgegen. Das mußten sie thun, wenn sie nicht aufdecken wollten, daß bei dem Vertragsschluß am 9. Mai Irregularitäten stattgefunden hatten. Die Gültigkeit des Vertrages vom 14. Mai wird aber durch diesen Umstand in keiner Weise berührt. Jener Annahme steht ferner der Umstand nicht entgegen, daß der Beklagte am Kaufschilling am 9. Mai 1889 sofort 300 M. bar erhalten hat. Es liegt auf der Hand, daß nach der Vereinbarung vom 14. Mai diese 300 M. auf die gemäß dem neuen Vertrag gleichfalls bar zu zahlenden 400 M., beziehungsweise 700 M. zu verrechnen waren.

Der Beklagte beruft sich zum Beweise seiner Behauptung über die Bedeutung der Verhandlungen vom 14. Mai 1889 in erster Linie auf die Urkunde von diesem Datum. Diese Urkunde entspricht insoweit dem Gesetze vom 23. Juni 1853, als sie neben dem Datum des Abschlusses jener Verhandlungen die richtige Ortsangabe enthält und von dem Kläger als Verkäufer, von dem Beklagten als Käufer unterschrieben ist. In der Urkunde ist ferner ausdrücklich gesagt, daß sie über eine zwischen den Parteien getroffene Uebereinkunft errichtet sei, und daß letztere eine nachträgliche Uebereinkunft zu dem zwischen den Kon-

trahenten am 9. Mai abgeschlossenen Kaufvertrag bilde, wie es unter den Parteien auch nicht bestritten ist, daß die Urkunde sich auf den Kaufvertrag vom 9. Mai beziehe. Schon an sich bietet sich ferner die Auffassung als die natürliche dar, daß die neue Urkunde vom 14. Mai sich nur an die alte Urkunde vom 9. Mai anschließen sollte, nicht an den früheren mündlichen Vertrag, über welchen keine Urkunde aufgenommen wurde. Diese Auffassung wird auch durch den Inhalt der Urkunde vom 14. Mai selbst bestätigt. Denn wenn in derselben gesagt ist, „zu dem am 9. Mai abgeschlossenen Kaufvertrag zwischen .... kommt heute noch eine nachträgliche Uebereinkunft dahin zu stande, daß der Käufer noch ... an den Verkäufer ... 400 M. heute bar bezahlt", so kann dies, falls nicht besondere Umstände dagegen sprechen, nicht anders verstanden werden, als daß der Beklagte nach der am 14. Mai getroffenen Vereinbarung dem Kläger außer dem in der Urkunde vom 9. Mai bezeichneten Kaufpreis von 14000 M. noch eine Zugabe von 400 M. zu zahlen hatte. Davon, daß Beklagter zu dem am 9. Mai bereits mündlich verabredeten Kaufpreise von 17000 M. noch eine Zugabe versprochen hätte, konnte ja auch keine Rede sein und war keine Rede. Gegen diesen aus der Urkunde selbst zu entnehmenden Sinn derselben hat der Kläger zwar seine abweichende Geschichtserzählung aufgestellt, ohne aber diesfalls Beweis anzubieten. Ist hiernach durch die Urkunde dargethan, daß sie sich auf den in der Urkunde vom 9. Mai niedergelegten Kaufvertrag bezieht, so kann auch darüber kein Zweifel obwalten, daß hiermit der Kaufsgegenstand in einer nach dem Liegenschaftsgesetze vom 23. Juni 1853 genügend deutlichen Weise bezeichnet ist. Es sind hiermit alle Erfordernisse eines zwischen den Parteien am 14. Mai 1889 über das fragliche Anwesen des Klägers zu dem Preise von 14000 M. und 400 M. abgeschlossenen Kaufvertrages durch die Urkunde vom 14. Mai 1889 in Verbindung mit derjenigen vom 9. Mai erfüllt. Uebrigens findet der, wie gezeigt, schon aus der Urkunde selbst zu entnehmende Beweis, daß dieselbe sich auf den in der Urkunde vom 9. Mai 1889 niedergelegten Kaufvertrag bezieht, noch weitere

Bestätigung durch die Thatsache, daß der Kläger am 29. Juni 1889 von dem Beklagten ein Darlehen von 670 M. aufnahm und demselben hiefür Sicherheit durch Unterpfand bestellte. Diese Thatsache läßt sich in natürlicher Weise kaum anders erklären, als daß der Kläger sich am 29. Juni bewußt war, von dem Beklagten durch die Uebereinkunft am 14. Mai um alle seine weitgehenden Ansprüchen abgefunden worden zu sein. Für seine entgegenstehende Erklärung hat der Kläger wiederum keinen Beweis angetreten.

Nach dem Ausgeführten ist der Vertrag vom 9. Mai 1889 zwar nichtig, aber seinem Inhalte nach mit dem Kaufpreise von 14 400 M. am 14. Mai 1889 gültig neu abgeschlossen worden, und demgemäß die auf die Richtigkeit jenes Vertrages gegründete Klage abzuweisen.

Urteil des II. Civilsenates des K. Oberlandesgerichtes vom 10. April 1890 in der Berufungssache des Chr. R. in Crailsheim gegen K. L. daselbst, Richtigkeitserklärung eines Liegenschaftsverkaufes betreffend.

80.

Patronatrecht; Erfordernisse der Zulässigkeit des Rechtsweges für die Klage auf Anerkennung eines solchen.

Die im Jahre 1781 reichsunmittelbar gewordene Abtei (Benediktinerkloster) Isny mit der Klosterkirche zu St. Georg wurde durch den Reichsdeputationshauptschluß von 1803 nebst der bis dahin freien Reichsstadt Isny den reichsunmittelbaren Grafen von Quadt-Wykradt als Entschädigung für die an Frankreich verlorenen Herrschaften Wykradt und Schwanenberg zugeteilt. Zufolge der Mediatisierung der Reichsgrafen von Quadt-Wykradt durch die Rheinbunds-Akte fielen das Kloster und die Stadt Isny an die Krone Württemberg. Das ehemalige Kloster in Verbindung mit einigen katholischen Ortschaften bilden nun die katholische Pfarrei Vorstadt Isny mit der ehemaligen Klosterkirche St. Georg als Pfarrkirche. Die gräfliche Standesherr-

schaft Quadt-Wykradt-Isny beansprucht das Ernennungsrecht auf die Mesner- und Organistenstelle an dieser Kirche. Die von ihr gegen den katholischen Stiftungsrat in Vorstadt Isny auf Anerkennung dieses Rechtes erhobene Klage wurde von der Civilkammer des K. Landgerichtes Ravensburg aus materiellen Gründen abgewiesen. Auf erhobene Berufung der klägerischen Herrschaft wurde das Urteil des Landgerichtes aufgehoben und Klägerin mit der Klage wegen Unzuläßigkeit des Rechtsweges zurückgewiesen.

Gründe.

I. Die klägerische Standesherrschaft verlangt mittels der civilrechtlichen actio confessoria von dem beklagten Stiftungsrate die Anerkennung des ihr nach ihrer Behauptung zustehenden Rechtes auf Ernennung des Mesners und Organisten an der katholischen Pfarrkirche zu St. Georg in Isny-Vorstadt.

Der beklagte Stiftungsrat hat schon in erster Instanz die Zuständigkeit des Civilrichters bezweifelt und in dieser Instanz die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges vorgeschützt. Die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges wäre übrigens auch von dem Richter II. Instanz im Falle der Zweifelhaftigkeit von Amtswegen zu prüfen.

II. In Württemberg erfolgte früher — bis zum Jahre 1836 — die Besetzung der selbständigen, d. h. nicht mit Schulstellen vereinigten Mesner- und Organistenstellen an katholischen Kirchen durch den sogenannten geistlichen Rat, später (1816) katholischen Kirchenrath genannt; jedoch unbeschadet der bestehenden Patronats- oder Wahlrechte in Ansehung solcher Stellen [1]). Durch die K. Verordnung vom 29. September 1836, betreffend das Besetzungsrecht zu den für sich bestehenden Stellen der Mesner, Organisten, Kantoren und Musikdirektoren, wurde aber behufs Herstellung einer gleichförmigen Besetzungsweise der niederen Kirchendienste bestimmt, daß jene Stellen an katholischen,

1) Vergleiche Dekret des katholischen geistlichen Rates vom 28. Okt. 1806, Ministerialverfügungen vom 20. Febr. 1817, 14. Juni 1821 und 2. Januar 1836 bei Reyscher, Gesetzsammlung Bd. 10 S. 163, 514, 673, 978.

wie evangelischen Kirchen, soweit nicht Dritte das Ernennungsrecht dazu aus besonderem Titel hergebracht haben, von den örtlichen Stiftungsräten besetzt werden. Indem der beklagte Stiftungsrat das fragliche Besetzungsrecht des Klägers bestreitet, beruft er sich auf das durch diese Verordnung für Württemberg eingeführte gemeine Recht. Demgegenüber hat der Kläger darzuthun, daß ihm ein besonderer Titel für das von ihm in Anspruch genommene Ernennungsrecht zur Seite stehe.

III. Kläger macht für das fragliche Ernennungsrecht ein ihm angeblich zustehendes Patronatsrecht geltend. Ließ das klägerische Vorbringen in I. Instanz zweifelhaft, ob der Erwerb des Patronates auf die Mesner- und Organistenstelle an der Kirche zu St. Georg in Vorstadt Isny nur als eines selbständigen, von dem Patronat auf die Pfarr- und Kaplanstellen an dieser Kirche unabhängigen Rechtes behauptet werden wollte, so wird in II. Instanz seitens des klägerischen Vertreters das Hauptgewicht darauf gelegt, daß das Patronatsrecht auf jene sogenannten Neben- und Hilfsstellen ein Annexum des der klägerischen Standesherrschaft zustehenden Hauptpatronates (auf die Pfarr- und Kaplanstelle) bilde und demgemäß die Schicksale des letzteren Rechtes teilen müsse.

Zuzugeben ist, daß Gegenstand des Patronates auch sein können und vielfach sind die sogenannten niederen Kirchendienste, insbesondere die Mesner- und Organistenstellen für sich oder in Verbindung mit dem Patronatrechte bezüglich der Pfarrstelle an der betreffenden Kirche [1]). Auf einen solchen Patronat müssen aber die allgemeinen Patronatsgrundsätze Anwendung finden, namentlich hinsichtlich der rechtlichen Qualifikation des Rechtes und der Art des Rechtsschutzes.

1) Hinschius, System des katholischen Kirchenrechtes II § 99 S. 364 Note 5, III § 167 S. 322—324; Schulte, Lehrbuch des evangel. und katholischen Kirchenrechtes § 222 S. 518; Richter-Dove, Kirchenrecht § 220 S. 712, § 160 S. 534; für Württemberg vergl. Ministerialverfügungen vom 20. Febr. 1817, 22. November 1828 und 1. März 1831, Erlaß des Ministeriums für geistliche Angelegenheiten vom 9. Dez. 1812, Verordnung vom 29. Sept 1836.

Das Patronatrecht ist an sich ein Recht kirchlich-öffentlich-rechtlicher Natur [1]). Es ist nicht richtig, daß das Patronatrecht an sich, zumal wenn nur das daraus abgeleitete Präsentations- oder Nominationsrecht in Frage steht, als ein Privatrecht aufzufassen oder in der Praxis als ein solches angesehen wurde, in Ansehung dessen im Falle eines Streites über das Bestehen des Rechtes immer, ohne Ansehen des Erwerbsgrundes, der Civilrichter zuständig wäre. Die württembergische Gerichtspraxis hat vielmehr stets bezüglich des Patronates wie anderer ähnlicher, dem öffentlichen Rechte angehörender Rechtsverhältnisse daran festgehalten, daß, soll die Kompetenz des Civilrichters begründet erscheinen, die Darlegung eines als Privatrechtstitel anzusehenden Erwerbsgrundes erforderlich sei [2]). Von diesem Standpunkte abzuweichen hat man umsoweniger Veranlassung, als in der württembergischen Gesetzgebung selbst sich Hinweisungen auf die gedachte Unterscheidung nach dem Erwerbstitel finden (s. Volksschulgesetz vom 29. Sept. 1836, Art. 49).

Hiernach ist darauf einzugehen, in welcher Weise klägerischerseits der Erwerb des Patronates begründet wird.

1) Festgestellt ist zunächst, daß nach der zufolge des Reichsdeputations-Hauptschlusses im Jahr 1803 erfolgten Besitzergreifung der vormals reichsunmittelbaren Abtei Isny durch den neuen Landesherrn (den Herrn Grafen von Quadt-Wykradt) von demselben mit der bischöflichen Behörde zu Konstanz Verhandlungen gepflogen wurden, welche die Ordnung der kirchlichen Verhältnisse und namentlich die Schaffung eines Fabrikfonds für die Kirche zu St. Georg bezweckten, übrigens in

1) Vergl. Hinschius II S. 621 ff. III § 136 S. 6, 7 Note 2, Richter-Dove S. 668 f.; Entscheidung des R.G in Civilsachen XV Nr. 35 S. 171 f, XVII Nr 43 S. 176, 181.

2) Vergl. Seuffert's Archiv IV Nr. 251 Ziff. 7, Württemb. Arch. II S. 1 ff., bes. S. 17 bis 20 ff.; Entscheidung des vormaligen Obertribunals vom 25. September 1861 in Sachen des Herrn Grafen von Quadt-Wykradt-Isny gegen die Stadtgemeinde Isny, Anerkennung des Ernennungsrechtes auf die evangelischen Pfarrstellen zu Isny betreffend, siehe auch Sarwey, das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, § 23 S. 341 in Note 3.

letzterer Beziehung zu keinem Ziele führten. Es wurden aber für die katholische Pfarrei Vorstadt Isny ein Pfarrer und ein Kaplan angestellt und sind diese Stellen, sowie die Schulstelle daselbst seither auf Grund der Präsentation der Herren Grafen von Quadt-Wykradt besetzt worden. Es hat auch bis zu der im Jahr 1865 erfolgten Komplexlastenablösung die gräfliche Standesherrschaft Pfarrer, Kaplan und Schullehrer besoldet und die baulichen und Kultbedürfnisse an der Kirche St. Georg unmittelbar bestritten. Ob das in diesen Richtungen bis jetzt unbeanstandete Patronatrecht der gräflichen Standesherrschaft mit Recht bestehe, wird aber jetzt von dem beklagten Stiftungsrate bezweifelt. Anerkannt ist dieses Recht seitens desselben nicht. Der vorige Richter ließ die Frage, ob dieses Patronatrecht als solches bestehe, dahingestellt, weil sie den vorliegenden Rechtsstreit, welcher lediglich das Ernennungsrecht auf die Mesner- und Organistenstelle betrifft, nicht berühre. Nachdem aber in dieser Instanz dieses Ernennungsrecht in erster Linie als ein Annexum des Patronates auf die kirchlichen Hauptdienste an der Kirche St. Georg geltend gemacht worden, ist auch darauf einzugehen, was in Ansehung des Erwerbes dieses Patronates als vorgebracht anzusehen ist.

Man kann, von dem eventuell geltend gemachten Erwerbsgrund der Verjährung zunächst abgesehen, das Vorbringen des Klägers nicht anders auffassen, als daß sein Herr Vorfahre durch den Reichsdeputations-Hauptschluß von 1803 mit der Erwerbung der Abtei Isny auch das Patronatrecht an der Kirche St. Georg und damit das im Streit befangene Ernennungsrecht erworben habe. Die weiter angeführten Thatsachen sollen im wesentlichen nur den Fortbestand dieses Rechtes, seine andauernde Ausübung und Anerkennung dokumentieren, beziehungsweise den Kläger der Notwendigkeit des Beweises eines (andern) Erwerbstitels entheben. Nicht behauptet ist, daß das vormalige Kloster St. Georg oder die Abtei das Patronatrecht oder das in Anspruch genommene Ernennungsrecht als ein besonderes Recht gehabt hätten. Vielmehr ist festgestellt, daß das Kloster, welches Patron der Pfarrstelle zu St. Nikolaus in der Stadt

Isny war, wie die reichsunmittelbar gewordene Abtei durch Konventualen den Gottesdienst in der Klosterkirche halten, und die Sakramente spenden, auch den Mesner- und Organistendienst durch Konventualen, Laienbrüder oder Dienstboten besorgen ließen. In Ermangelung gegenteiliger Anhaltspunkte bleibt nur die Annahme übrig, daß hiebei das Kloster und die Abtei lediglich im Auftrage der oberen Kirchenbehörden thätig waren, wenn nicht die Abtei bei ihrer Sorge für den Kultus als Landesherrin in Bethätigung der ihr obliegenden Fürsorge für den Gottesdienst, also in Wahrnehmung einer öffentlich rechtlichen Funktion und eines öffentlichrechtlichen Interesses gehandelt hat. Es bleibt in der That hienach nur der Reichsdeputations-Hauptschluß, und zwar die bekannte Bestimmung in § 35 desselben als Quelle des von der klägerischen Standesherrschaft beanspruchten Patronates und Ernennungsrechtes übrig. Diese Bestimmung bildet aber für sich allein keinen Erwerbstitel für das Patronatrecht als eines civilrechtlich zu schützenden Rechtes. Vielmehr ist mit der konstanten Praxis des früheren Obertribunals [1]) die Ansicht festzuhalten, daß mit der Berufung auf den § 35 des Reichsdeputations-Hauptschlusses allein ein Privatrecht oder die privatrechtliche Natur eines Anspruches nicht begründet werden kann, weil in § 35 die Art der Verwendung der Güter der aufgehobenen Stifter ꝛc. den durch dieselben entschädigten Landesherrn durchaus freigestellt wurde, daß vielmehr zu solcher Begründung die Behauptung eines besonderen privatrechtlichen Begründungsaktes erforderlich ist. Dies trifft auch für das Patronatrecht zu. Liegt hiernach in dem Reichsdeputations-Hauptschluß nicht die Begründung des in Frage stehenden Rechtes als eines civilrechtlich zu schützenden, so folgt sogar weiter aus dem eigenen Vorbringen des Klägers in Verbindung mit den festgestellten geschichtlichen Vorgängen, daß sein durch die Abtei Isny entschädigter Herr Vorfahre die Fürsorge für

1) Württemberg. Archiv II S. 17 ff, XI S. 220 ff.; die oben angeführte Entscheidung in Sachen des Herrn Grafen Quadt-Wykradt gegen die Stadtgemeinde Isny; vergl. auch Entsch. des R.G. in Civilsachen II Nr. 89 S. 343.

den Kultus an der Kirche Sct. Georg in seiner Eigenschaft als (neuer) Landesherr übernahm. Denn derselbe hat alsbald nach der Säkularisation und Besitzergreifung in seiner Eigenschaft als Landesherr, weil er durch den Reichsdeputations-Hauptschluß für die Erhaltung der Kirche und des Kultus zu sorgen verpflichtet zu sein glaubte, mit der maßgebenden kirchlichen Behörde zu Konstanz Verhandlungen über die Ordnung der kirchlichen Verhältnisse eingeleitet, infolge deren es zur Anstellung des Pfarrers und Kaplanes, sowie zur Ernennung eines Meßners und Organisten durch die gräfliche Herrschaft kam. Das damalige Verhältnis kann also nicht anders aufgefaßt werden, als daß der Herr Vorfahre des Klägers hiebei als Inhaber der Staatsgewalt in Wahrnehmung öffentlich rechtlicher Funktionen und Pflichten handelte. Allerdings haben sich bekanntlich in Deutschland viele Landesherren auf Grund des Reichsdeputations-Hauptschlusses teils mit Berufung auf ihre Landeshoheit, teils mit Berufung auf die Succession in die Besetzungsrechte der säkularisierten geistlichen Fürsten ein Patronatrecht an den Kirchen in den neuerworbenen Landesteilen beigelegt, und es wäre möglich, daß auch die Vorfahren des Klägers bei der Uebernahme der Fürsorge für den Kultus an der Kirche St. Georg in Vorstadt Isny von der Ansicht ausgegangen wären, daß sie durch den Reichsdeputations-Hauptschluß ein derartiges Patronat erworben hätten. Allein dieses sogenannte landesherrliche Patronatrecht, verschieden von den Patronatrechten, welche Landesherrn oder der Staat vielfach aus den gewöhnlichen Gründen erworben haben, ist zweifellos für sich allein lediglich als ein öffentlich-rechtliches Verhältnis anzusehen, für welches der civilgerichtliche Schutz nicht angerufen werden kann [1]). Bei dieser Sachlage,

1) Schulte a. a. O. § 67 S 172 f., Hinschius a. a. O. III § 151 S. 177, vergl. für Württemberg Lang, Sammlung der württemberg. Gesetze, 10. Bd. (katholische Kirchengesetze): Einleitung S. 11, Generalreskript vom 4. Mai 1805. S. 121 f, Verordnung vom 10. Juli 1806 und Erlaß vom 12. Oktober 1811 S. 151, 384; Gesetz vom 30. Januar 1862 Art. 2.

wonach bei dem Zurückgehen auf die eigentliche Quelle des streitigen Rechtes dieses als Ausfluß öffentlich rechtlicher Verhältnisse oder Ansprüche sich darstellt, ist auch die Berufung des Klägers auf Aussprüche der württ. Gesetze, auf Ausübungsakte, auf die angebliche Anerkennung des Rechtes seitens des katholischen Kirchenrates, sowie auf die infolge des Gesetzes vom 19. April 1865 erfolgte Ablösung für die Frage, ob die klägerische Standesherrschaft ein civilrechtlich zu schützendes Patronat- oder Ernennungsrecht erworben habe, irrelevant.

a) Was zunächst jene Aussprüche der württ. Gesetzgebung anbelangt, so erging die Normalresolution vom 15. November 1807 (Reyscher, Gesetzsammlung IX S. 117) nur für die Nominations- und Präsentationsrechte der (durch die Rheinbundsakte) mediatisierten Fürsten und Grafen zu evangelischen Kirchenstellen. Abgesehen hiervon aber bezweckte sie nach ihrem Wortlaute, den genannten Herrn nur ihre Nominations- und Präsentationsrechte in ihren Patrimonialbesitzungen ohne Unterschied und ohne Nachforschung, auf welchem Rechtstitel diese Rechte beruht haben, vorbehältlich des Kön. Bestätigungsrechtes, zu erhalten. Auf den Erwerbsgrund und die rechtliche Qualifikation jener Rechte ging diese Normalresolution hiernach nicht ein. Ganz dasselbe gilt von der K. Deklaration vom 8. Mai 1827, betreffend die staatsrechtlichen Verhältnisse des gräfl. Hauses Quadt-Isny (Reg.-Bl. S. 179 ff.), durch welche unter Titel IV „Aufsicht über Kirchen- und Schulsachen, auch über milde Stiftungen“ (§ 40) dem Grafen das Patronatrecht, ebenso wie das Recht, die Schullehrer zu nominieren, belassen wird, „wie und wo er solches hergebracht hat.“ Es handelt sich also auch hierbei lediglich um eine staatliche Zusicherung und Garantie, daß dem Grafen seine Patronatrechte, so wie er sie damals besessen, ohne Unterschied und Untersuchung des Erwerbtitels und des rechtlichen Charakters, verbleiben sollen, nicht um einen konstitutiven Akt, durch welchen der privatrechtliche Charakter dieser Rechte hätte festgestellt werden sollen [1]). Insoweit die-

1) Vergl. auch Volksschulgesetz vom 29. September 1836 Art. 49 und

jenigen Rechte, um welche es sich in diesem Rechtsstreit handelt, von den Vorfahren des Klägers als öffentlich rechtliche auf Grund öffentlich rechtlichen Titels erworben wurden, wären sie zufolge der Mediatisierung der Grafen Quadt-Wykradt zu einer Art von Patrimonialrechten geworden und wäre ihr Bestand als solcher durch die Deklaration vom 8. Mai 1827 garantiert worden. Patrimonialrechte sind aber für sich keine Privatrechte. Der Frage, ob das Patronat- oder Ernennungsrecht des Klägers infolge späterer Akte der württemb. Gesetzgebung seinen Charakter geändert, beziehungsweise zu einem Privatrecht geworden sei, ist später näher zu treten.

b) Was die Ausübungsakte betrifft, so steht zwar fest, daß die gräfl. Herrschaft den Patronat auf die Pfarr- und Kaplanstelle an der Kirche St. Georg bis auf die neueste Zeit unbeanstandet ausgeübt, auch den Meßner und Organisten ohne Widerspruch seitens des Beklagten zweimal 1803 und 1843/49 ernannt hat. Allein wenn nicht dargethan ist, daß die gräfl. Herrschaft das Patronat- und Ernennungsrecht als Privatrecht erworben hat, vielmehr anzunehmen ist, daß sie bei Präsentation der Geistlichen und Ernennung des Meßners und Organisten, überhaupt bei ihrer Fürsorge für den Kultus an der Kirche St. Georg in ihrer Eigenschaft als Landesherrin, beziehungsweise in Wahrnehmung von Patrimonialrechten handelte, so leuchtet ohne weiteres ein, daß aus den Ausübungsakten nicht auf den Erwerb eines civilrechtlich zu schützenden Rechtes geschlossen werden kann. Im übrigen gewinnt die Annahme, daß die gräfl. Herrschaft selbst bei der Ernennung des Meßner und Organisten davon ausging, sie sei hierzu in ihrer Eigenschaft als Landesherrin, beziehungsweise als Patrimonialherr verpflichtet und befugt, aus dem als richtig anerkannten Aktenmaterial geradezu Bestätigung. Hiernach hat dieselbe, nachdem die Verhandlungen mit der bischöflichen Behörde zu Konstanz über die Bildung eines Kirchenfonds, aus welchen der Meßner und Organist besoldet werden sollte, gescheitert

---

Verordnung vom gleichen Tage, betreffend das Besetzungsrecht zu den Stellen der Meßner, Organisten 2c.

waren, von sich aus den Meßner- und Organistendienst eingerichtet, den Meßner und Organisten nach ihrem Gutdünken, zum Teil auf längere Zeit nur in provisorischer Weise ernannt (1843/49), die Besoldungsverhältnisse nach ihrem Belieben für jeden einzelnen Fall geregelt, dieselben wiederholt einer Aenderung unterworfen, bestimmte Einkommensteile nur als persönliche Wohlthat für den Bediensteten auf Widerruf gewährt. Sie ließ den Ernannten ferner auf seine Unterthanenpflichten verpflichten, mit Instruktionen versehen, in denen sie sich die Kündigung des Dienstes und die Entlassung des Ernannten im Falle des Nichtwohlverhaltens vorbehielt, und betrachtete die Ernannten überhaupt nur als ihre Angestellten oder Bediensteten. Wichtig sind in dieser Beziehung die Schreiben des Herrn Grafen Wilhelm an den katholischen Kirchenrat vom 24. Juli 1843 und der gräflichen Domanialkanzlei an das K. Oberamt Wangen vom 15. November 1865. In dem ersteren Schreiben macht der Herr Graf Wilhelm sogar geltend, daß der Meßner- und Organistendienst ein reiner Privatdienst sei und es keine Verordnung gebe, nach welcher hier ein Devolutionsrecht bestände. In dem zweiten Schreiben präzisiert die Domanialkanzlei (anläßlich der Verhandlungen über die Ablösungsanmeldung) den Standpunkt der gräflichen Herrschaft dahin: eine Meßnerstelle als vermögensrechtliches Subjekt habe gar nie bestanden, namentlich sei von der gräflichen Herrschaft nie die Stiftung einer Meßnerstelle beabsichtigt worden. Der Graf habe als Successor des Klosters dafür zu sorgen gehabt, daß der Meßnerdienst versehen werde. Wie viel er hiefür aufgewendet, habe niemand etwas angegangen; und hätte sich jemand gefunden, der diesen Dienst umsonst verrichtet hätte, oder hätte diesen Dienst der Herr Graf durch eigene Domestiquen versehen lassen, so hätte niemand das Recht gehabt, sich hierüber zu beschweren oder gar eine Dotation für eine Meßnerstelle zu verlangen. Deshalb müsse es dem Herrn Grafen auch für die Folge vorbehalten bleiben, den Meßner so zu engagieren, als sich ihm Gelegenheit und Möglichkeit darbiete. Endlich ist die Thatsache, daß die Leistungen für den Meßner-

und Organistendienst aus der gräflichen Rentkammer bestritten wurden, rechtlich bedeutungslos.

c) Betreffend sodann die Anerkennung des im Streit befangenen Ernennungsrechtes seitens des katholischen Kirchenrates, so ist zwar richtig, daß diese Behörde während der mit der gräflichen Herrschaft in den Jahren 1843, 1844 über die Vereinigung des Schuldienstes mit dem Meßner- und Organistendienst gepflogenen Verhandlungen das einemal das von der Standesherrschaft beanspruchte freie Besetzungsrecht des letzteren Dienstes, ein anderes Mal das Patronatrecht der gräflichen Herrschaft auf diesen Dienst anerkannt hat. Allein auf diese Thatsache kann die gegenwärtige Klage nicht gestützt werden. Der katholische Kirchenrat hat sich über das Patronatrecht der gräflichen Herrschaft auf die Pfarr- und Kaplanstelle überhaupt nicht ausgesprochen, auch nicht in der Richtung, daß er etwa das Ernennungsrecht der gräflichen Herrschaft auf die Meßner- und Organistenstelle als ein Annexum jenes Patronates betrachte. Er äußerte auch keine Ansicht über die rechtliche Natur, beziehungsweise die Quelle des Ernennungsrechtes. Dem Kirchenrat lag nur daran, die Bedenken der gräflichen Herrschaft gegen die Vereinigung des Schuldienstes mit dem Meßner- und Organistendienst, ob hieraus nicht eine Beeinträchtigung des freien Besetzungsrechtes der Meßner- und Organistenstelle erwachse, zu widerlegen, d. h. die gräfliche Herrschaft zu überzeugen, daß diese Vereinigung unbeschadet des Patronates erfolgen könne. Zu einer förmlichen Anerkennung des von der gräfl. Standesherrschaft beanspruchten Rechtes in Beziehung auf den Meßner- und Organistendienst, welche den beklagten Stiftungsrat gebunden hätte, wäre der Kirchenrat überdies gar nicht befugt gewesen (vergl. K. Verordnung vom 29. Sept. 1836). Diese sogenannten Anerkennungen stellen sich somit in Ansehung der Klagbegründung und der hierzu erforderlichen Darlegung als rechtlich farblose Akte dar.

d) Endlich kann auch auf die Thatsache, daß die gräfliche Standesherrschaft die Meßner- und Organistenbesoldung

in Gemäßheit des Gesetzes vom 19. April 1865, betreffend die Ablösung von Leistungen für öffentliche Zwecke, gegen die Kirchengemeinde Isny-Vorstadt, resp. gegen die dortige Meßnerstelle zur Ablösung brachte, nicht die Annahme gestützt werden, die gräfliche Standesherrschaft habe den Patronat oder das Ernennungsrecht auf die Meßner- und Organistenstelle kraft privatrechtlichen Titels erworben. Schon deshalb nicht, weil das Gesetz vom 19. April 1865 Leistungen für öffentliche Zwecke im Auge hat, welche nicht „in den heutigen staatsrechtlichen Verhältnissen" begründet sind, d. h. sowohl Leistungen der bezeichneten Art, welche auf einem reinen Privatrechtstitel beruhen, als solche, welche sich in einem dem früheren (aufgehobenen) Rechte angehörigen öffentlichrechtlichen Titel gründen. Aus der Thatsache der Ablösungsanmeldung und der erfolgten Ablösung kann also nichts für einen privatrechtlichen Grund des streitigen Rechtes entnommen werden. Insbesondere enthält die Anmeldung der Besoldungsverbindlichkeit „als einer auf dem Fideikommißvermögen beruhenden Verbindlichkeit zur Entrichtung einer jährlichen Besoldungskompetenz an den Meßner- und Organisten der Sct. Georgskirche" nicht den Nachweis eines privatrechtlichen Radizierungsaktes jener Last auf das Privatvermögen der gräflichen Standesherrschaft, zumal aus Anlaß der Ablösungsverhandlungen seitens der gräflichen Standesherrschaft der Meßner- und Organistendienst als ein solcher bezeichnet worden ist, welchen dieselbe frei nach ihrem Belieben, wie sich Gelegenheit und Möglichkeit darbiete, besetzen könne. Auch der Umstand, daß der Kirchengemeinderat und der Stiftungsrat die Anmeldung der Meßnerbesoldung im Betrag von 250 fl. zur Ablösung anerkannten, ist rechtlich irrelevant. Denn diese Anerkennung bezog sich wesentlich nur auf den angemeldeten Betrag; überdies aber erfolgte sie unter Protestation gegen das von der gräflichen Standesherrschaft fernerhin beanspruchte Patronat oder Ernennungsrecht. Unter keinen Umständen kann hiernach die Thatsache der erfolgten Ablösung der Prüfung und Entscheidung des Prozeßgerichtes hinsichtlich der Frage, ob das im Rechtsstreit befangene Er-

nennungsrecht privatrechtlicher Natur ist und mit einer civilrechtlichen Klage verfolgt werden kann, präjudizieren. Zu bemerken ist in dieser Richtung noch, daß ein Prozeß über das Dasein oder die rechtliche Natur des beanspruchten Rechtes (Art. 12 des Ablösungsgesetzes von 1865) damals nicht geführt wurde. Die Frage, ob zufolge einem diesem Ablösungsgesetze zu Grund liegenden Prinzipe das streitige Recht heutzutage jedenfalls als Privatrecht anzusehen wäre, ist, wie schon angedeutet, später zu erörtern.

2) Die klägerische Standesherrschaft macht überdies für sich geltend, daß sie das Patronatrecht auf die Meßner- und Organistenstelle an der Kirche Sct. Georg in Vorstadt Isny bei einer mehr als 80jährigen Uebung durch Verjährung erworben hätte. Die Verjährung ist jedoch insofern ein rechtlich indifferenter Titel, als solche ebensowohl bei Privatrechten, als bei Rechten und Pflichten öffentlichrechtlicher Natur vorkommen kann. Insbesondere kann ein dem Gebiete des öffentlichen Rechtes angehöriger Zustand allein dadurch, daß er lange Zeit gedauert hat, nicht zu einem privatrechtlichen werden. In der Berufung auf Verjährung kann demnach nicht einmal die Geltendmachung, geschweige die Darlegung eines privatrechtlichen Titels gefunden werden [1]). Es braucht hiernach nicht darauf eingegangen zu werden, daß das kanonische Recht nur die unvordenkliche Verjährung als Erwerbstitel des Patronates oder als Surrogat des Titels kennt (Hinschius III S. 29), auf welche die klägerische Standesherrschaft sich übrigens nicht berufen hat und nach Lage der Sache nicht hätte berufen können.

3) Nach dem Ausgeführten hat die klägerische Standesherrschaft nicht bloß keine Begründung eines Privatrechtstitels für das in Anspruch genommene Patronatrecht erbracht, sondern es erhellt aus dem Vorbringen der klägerischen Standesherrschaft und dem einschlägigen Aktenmaterial, daß, wenn derselben das von ihr auf den Patronat gestützte Ernennungsrecht zusteht, dieses Recht öffentlichrechtlichen Ursprunges und Charakters ist.

1) Vergl. Württemb. Archiv II S. 15, XIV S. 40, XV S. 63, 70, XX S. 357.

4) Noch ist die von den Parteien allerdings nicht angeregte Frage zu prüfen, ob die neuerdings aufgestellte Ansicht, daß nach einem dem Komplexlastenablösungsgesetze vom 19. April 1865 zu Grunde liegenden Prinzipe Leistungsverbindlichkeiten für öffentliche Zwecke, welche sich lediglich in früheren — veralteten — öffentlichrechtlichen Verhältnissen gründen, als Privatrechtsverbindlichkeiten anzusehen und Gegenstand der Civilrechtssprechung seien [1]), auf die Entscheidung über das in diesem Prozesse von der gräflichen Standesherrschaft geltend gemachte Patronat- oder Ernennungsrecht von Einfluß sein könnte. Die Berechtigung jener Ansicht kann dahin gestellt bleiben. Denn das streitige Recht hätte seine Stütze nicht bloß im Reichsdeputationshauptschluß (und in der Rheinbundsakte Art. 27), sondern dasselbe wäre auch — ohne Ansehen des Entstehungsgrundes, so wie es hergebracht war — gewährleistet durch die deutsche Bundesakte Art. 14, sowie durch die mehrfach erwähnte K. Deklaration vom 8. Mai 1827, betreffend die staatsrechtlichen Verhältnisse des gräflichen Hauses Quadt-Isny. Diese Deklaration bildet aber jedenfalls einen Teil des in Württemberg noch heute [2]) geltenden öffentlichen Rechtes. Jenes angebliche Prinzip des Gesetzes vom 19. April 1865 würde also auf das in gegenwärtigem Prozesse streitige Recht keine Anwendung finden. Dieser Beurteilung des rechtlichen Verhältnisses steht, wie schon ausgeführt wurde, die Thatsache, daß die dem Rechte entsprechenden Leistungen in Gemäßheit jenes Gesetzes zur Ablösung gebracht wurden, nicht entgegen.

5) Die Praxis des früheren Obertribunals ging bezüglich der Frage, ob der Civilrichter im konkreten Falle zur Entscheidung eines Rechtsstreites zuständig sei, davon aus: entscheidend sei die Thatsache, wie der Anspruch geltend gemacht und begründet werde, die Durchführbarkeit des Anspruches sei

1) von Sarwey, das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege §§ 22, 23; Württemb. Archiv XV S. 83 ff., XXI S. 289 ff. XXII S. 329; Württemb. Gerichtsblatt XVIII S. 383.

2) Vergl. auch Volksschulgesetz Art. 49, K. Verordnung vom 29. September 1836.

aber Gegenstand der materiellen Würdigung und es werde die Zuständigkeit des Civilrichters nicht rückwärts aufgehoben, wenn bei der Prüfung des als privatrechtlich erhobenen Anspruches sich ergebe, daß derselbe als solcher nicht bestehe; dieses Prüfungsergebnis könne vielmehr nur zur Abweisung des Anspruches, nicht zur Unzuständigkeitserklärung führen [1]). Diese Thesis ist jedenfalls nicht in der Ausdehnung zu verstehen, daß schon die Angehung des Civilrichters oder die bloße Behauptung, einen vor dem Civilrichter verfolgbaren Anspruch zu haben, genüge, um die Zuständigkeit des Civilrichters als begründet, den Rechtsweg als zulässig erscheinen zu lassen. Sie kann deshalb auf den vorliegenden Fall, wo das Dasein eines privatrechtlichen Anspruches, wie zu Nr. 1) bis 4) ausgeführt worden, nicht bloß in keiner Weise dargelegt, sondern aus dem eigenen Vorbringen des Klägers zu entnehmen ist, daß der klägerische Anspruch, wenn er besteht, ein öffentlichrechtlicher ist und als solcher ausgeübt wurde, keine Anwendung finden. Letzterer Umstand nötigt vielmehr dazu, unter Aufhebung des erstrichterlichen Urteiles, durch welches die Klage aus materiellen Gründen abgewiesen worden ist, die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurückzuweisen.

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 27. Februar 1890 in Sachen des Grafen Quadt-Isny gegen den katholischen Stiftungsrat in Vorstadt Isny.

81.

Feststellungsklage in Beziehung auf einen künftig entstehenden Schaden; Erfordernisse. (C.P.O. § 231.)

Der Wagner B. in Ulm wurde am 11. Januar 1889 daselbst von einem großen auf der Straße freilaufenden Hunde

1) Württemb. Archiv V S. 235 ff., VI S. 253 f., XIV S. 43 f., XV S. 37 Note 44, S. 249, 251, Württemb. Gerichtsblatt XVIII S. 378 f., vergl. Jahrbücher der württ. Rechtspflege II S. 81 ff., S. 184 ff.

angefallen und nach seiner Behauptung — übrigens unbedeutend — in die rechte Hand gebissen. B. verlangte von dem Eigentümer des Hundes, Bierbrauereibesitzer L. in Ulm, außer dem Ersatze des wirklich entstandenen Schadens das Anerkenntnis seiner Verpflichtung zum Ersatze des etwaigen künftigen Schadens und erhob auf die Weigerung des L., dieses Anerkenntnis abzugeben, gegen denselben bei dem Landgerichte Ulm Klage auf Feststellung dieser Verpflichtung. Die Klage wurde von dem Landgerichte und auf die von dem Kläger eingelegte Berufung von dem Oberlandesgerichte abgewiesen, von letzterem aus folgenden Gründen:

Die erhobene Klage ist die Feststellungsklage im Sinne des § 231 der C.P.O. Der Kläger verlangt gegen den Beklagten die Feststellung des Vorfalles vom 11. Januar 1889, bei welchem er nach seiner Behauptung von einem Hunde des Beklagten gebissen worden sei, der Verschuldung des Beklagten an diesem Vorfalle, sowie der hieraus sich ergebenden Verpflichtung des Beklagten, einen etwa künftig zufolge des Hundebisses entstehenden Schaden zu ersetzen. Hiermit ist die Feststellung eines Rechtsverhältnisses zwischen Kläger und Beklagten beantragt.

Der Klage fehlt es jedoch an der nötigen Begründung. Die Feststellungsklage kann allerdings beim Vorhandensein eines rechtlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung auch in Beziehung auf einen künftig entstehenden Schaden angestellt werden. Voraussetzung ist aber, daß die künftige Entstehung eines Schadens, wenn nicht gewiß, so doch mindestens als wahrscheinlich in Aussicht zu nehmen ist. Dies hat der Kläger zu behaupten und darzuthun. Im vorliegenden Falle gründet sich die Klage in dieser Richtung auf weiteres nicht, als auf die Befürchtung des Klägers, er könne einmal, weil der Hund, der ihn gebissen habe, vielleicht krank gewesen, an der Tollwut erkranken und an dieser Krankheit sterben. Die Behauptung, daß der Hund damals an latenter Tollwut erkrankt gewesen oder daß er inzwischen krank geworden sei, konnte der Kläger nicht aufstellen, obwohl ihm zweifellos bekannt geworden

wäre, wenn die Krankheit inzwischen an dem Hunde zum Vorschein gekommen wäre. Er beruft sich nur auf die angebliche, durch Sachverständige festzustellende Erfahrungsthatsache, daß unter Umständen die Tollwut bei Hunden sehr lange Zeit latent sein und auch bei Menschen erst nach Ablauf von Jahren seit der Verletzung durch den Biß eines (tollen) Hundes zum Ausbruch kommen könne. Diese Art der Begründung ist durchaus ungenügend. Sie zeigt, daß die Klage nur der Ausfluß einer Besorgnis des Klägers ist, welche nach dem eigenen Vorbringen desselben in den vorliegenden Verhältnissen nicht als begründet erscheint, und nur zur Beruhigung dieser Besorgnis dienen solle. Zu solchem Zwecke ist die Feststellungsklage nicht gegeben.

Hiernach fehlt es auch dem weiter behaupteten rechtlichen Interesse des Klägers an Feststellung der Schadenersatzpflicht des Beklagten an der Grundlage. Denn ein solches Interesse aus dem Grunde, weil dem Kläger an der Sicherung des Beweises gelegen sein müßte, könnte doch nur angenommen werden in Beziehung auf einen Schaden, dessen wirklicher Eintritt als gewiß oder mindestens als wahrscheinlich in Aussicht zu nehmen ist, nicht aber wegen der vagen Befürchtung des Klägers, daß vielleicht einmal ein Schaden entstehen könnte. Demzufolge war die Klage abzuweisen.

Urteil des II. Civilsenates des K. Oberlandesgerichtes in Sachen B. in Ulm gegen L. daselbst, Feststellungsklage betreffend, vom 5. Dezember 1889.

82.

Vertrag über die Errichtung einer elektrischen Beleuchtungsanlage in einer Fabrik; Kaufvertrag oder Werkverdingung. Klage auf Zurücknahme der Anlage wegen mangelhafter Beschaffenheit derselben und wegen Verzugs.

Die Firma F. X. H. (Maschinenfabrik) in Ravensburg beabsichtigte, in ihrer Fabrik eine elektrische Beleuchtung, teilweise mit Bogenlicht teilweise mit Glühlicht, einzuführen, und schloß zu diesem Zwecke nach längeren Verhandlungen mit der Firma Th. W. u. Cie. in Neumarkt bei Nürnberg, welche sich unter anderem mit der Herstellung elektrischer Beleuchtungen befaßt, am 18. Juni 1886 einen Vertrag ab, welcher besagt: „Th. W. u. Cie. übernehmen die elektrische Beleuchtungsanlage bestehend aus . . . (folgt die Beschreibung der Glühlicht- und Bogenlichtanlage) . . . komplet mit Armatur, Leitung und Zubehör zum Gesamtpreis von 5200 M. Th. W. u. Cie. garantieren für schönes ruhiges Licht und sichern in jeder Hinsicht eine Musteranlage zu. . . Die Beleuchtungsanlage ist fix und fertig inklusive Montage mit allem Zubehör ohne alle Nebenrechnung bis 15. September d. J. in Betrieb zu setzen." Im Herbste 1886 begann die Firma Th. W. u. Cie. mit der Montierung der Anlage, welche mit den angestellten Beleuchtungsversuchen sich bis Ende März 1887 hinzog. Von da ab während des Sommers wurde die Anlage nicht benützt, weil in dieser Zeit in der Fabrik bei Licht nicht gearbeitet wurde. F. X. H. hatte in einer Erklärung vom 24. März 1887, „da die Beleuchtung wegen verspäteter Einrichtung vor dem Winter nicht praktiziert werden könne, sich solange garantierte Vollkommenheit vorbehalten." Im August 1887 ließ die Firma F. X. H. durch einen Elektrotechniker eine Untersuchung der Anlage vornehmen, wobei sich wesentliche Mängel herausstellten. Eine Abschrift des Gutachtens sandte sie am 1. Sept. 1887 der Firma Th. W. u. Cie. mit der Aufforderung zu, die in dem Gutachten gerügten Mängel zu beseitigen, insbesondere die

als unbrauchbar bezeichneten Teile der Einrichtung durch tadellose Fabrikate zu ersetzen, widrigenfalls die ganze Anlage zurückgeschlagen werde. Auf die Erwiderung von Th. W. u. Cie., daß sie sich auf nichts einlassen, erhob die Firma F. X. H. im Oktober 1887 gegen sie bei der Civilkammer des K. Landgerichtes Ravensburg Klage auf Zurücknahme der ganzen Beleuchtungsanlage und Ersatz des durch die Nichterfüllung des Vertrages entstandenen weiteren Schadens. Die Verhandlung wurde zunächst auf die Frage beschränkt, ob die beklagte Firma verpflichtet sei, die Anlage zurückzunehmen. Die Civilkammer entschied in dieser Hinsicht entsprechend dem Klageantrag. Die hiergegen von der Beklagten eingelegte Berufung wurde von dem Oberlandesgerichte zurückgewiesen.

Gründe.

1. Der Vertrag vom 18. Juni 1886 ist nicht als Kauf, sondern als Werkverdingung zu beurteilen. Die beklagte Firma hat nach Besichtigung der Fabrik der klägerischen Firma durch einen ihrer Teilhaber nach gewissen Voranschlägen und an der Hand eines Fabrikplanes die Anfertigung einer elektrischen Beleuchtungsanlage, wenn auch aus dem von ihr beschafften Materiale, und zugleich die Installation der Anlage, d. h. die Aufstellung und Einfügung derselben in die Fabrik sowie die Inbetriebsetzung der Anlage übernommen. Die vertragsmäßige Leistung der Beklagten bestand nicht in der Lieferung von Maschinen und Maschinenteilen, sondern in der von ihr nach sachverständigem Ermessen und technischen Grundsätzen zu bewirkenden Herstellung einer fertigen betriebsfähigen Beleuchtungseinrichtung, also eines Arbeitsproduktes, angepaßt an die Verhältnisse und Bedürfnisse der Fabrik der Klägerin. Die Erfüllung der Vertragspflicht der Beklagten fand hiernach ihren Abschluß erst mit der betriebsfähigen Herstellung der Beleuchtungsanlage. Welche Bedeutung dieser Herstellung in dem Vertragsverhältnisse zukommt, zeigen die langwierigen, wiederholten, kostspieligen Montierungs- resp. Installationsversuche, welche vorgenommen werden mußten, um endlich zu einem wenigstens vorläufigen Ziel zu gelangen. In Betracht

kommt außerdem, daß die Einrichtung in wesentlichen Teilen auf dem Grundstücke der Klägerin aufgestellt und in dasselbe eingefügt werden mußte. Es liegen demzufolge alle Merkmale vor, welche das maßgebende gemeine Recht für die locatio conductio operis aufstellt. Dementsprechend ist auch der Wortlaut des Vertrages vom 18. Juni 1886 gefaßt, insoferne derselbe keine Hindeutung auf die Absicht eines Kaufvertrages enthält, vielmehr die Uebernahme der Herstellung und Installation einer fertigen betriebsfähigen Beleuchtungsanlage betont.

2. Die Klägerin fordert mit der Kontraktsklage die Zurücknahme der von der Beklagten hergestellten Beleuchtungsanlage wegen Mangelhaftigkeit und Vertragswidrigkeit derselben, indem sie diese Zurücknahme als durch ihr Interesse geboten und zur Ausgleichung ihres Interesses dienlich erachtet, woneben sie einen weiteren Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Vertrages gegen die Beklagte geltend macht.

Nur über den ersterwähnten Anspruch ist zu entscheiden. Mit der Kontraktsklage kann die Zurücknahme der vom Schuldner behufs Erfüllung seiner Verbindlichkeit bewirkten Leistung verlangt werden, wenn dieselbe nicht gehörig bewirkt ist, den Vertragszwecken nicht dient und nach den Verhältnissen des Falles zur Wahrung des Interesses des Gläubigers die Zurückweisung der bewirkten Leistung als erforderlich scheint. Insbesondere gilt dies im Falle des Verzuges [1]. Die Werkverdingung von der Anwendung dieses Grundsatzes auszuschließen, liegt um so weniger Grund vor, als er im Württ. Rechte (Landrecht II. 17 § 10) für die Werkverdingung für **einen** Fall besonders anerkannt ist.

Der Anspruch des Klägers ist hiernach begründet, wenn die bezeichneten Voraussetzungen zutreffen, auch die sonstigen Einwendungen der Beklagten zu verwerfen sind. Die aus

1) **Windscheid** II § 280 Note 1, vergl. § 393 N. 9; **Seuffert's** Archiv XI Nr. 141, 230, 232; Entsch. des vormaligen R.O.H.G. VI Nr. 9 S. 29 ff., 39, vergl. XIV Nr. 120 S. 391; Württ. Archiv III S. 401, VI S. 108, IX S. 405, X S. 442, XIV S. 471.

Art. 349 des Handelsgesetzbuches entnommene Einrede der Verjährung ist, wie sofort zu bemerken ist, zu verwerfen, weil die Vorschrift des Art. 349 auf die Werkverdingung keine Anwendung findet.

3. Die Beklagte war nach dem Vertrage vom 18. Juni 1886 jedenfalls verpflichtet, in den Fabrikräumen der klägerischen Firma eine zweckdienliche und nach dem damaligen Stande der Elektrotechnik gute Beleuchtungsanlage herzustellen. Ueberdies aber hat die Beklagte vertragsmäßig für schönes ruhiges Licht garantiert und sicherte in jeder Hinsicht eine Musteranlage zu, und zwar sowohl hinsichtlich der Bogenlichtanlage als der Glühlichtanlage. Diese besondere Zusicherung ist selbstverständlich nicht bedeutungslos. Vielmehr ist sie dahin aufzufassen, daß die Beklagte versprach, eine Beleuchtungseinrichtung herzustellen, welche in allen ihren Teilen vermöge zweckmäßiger Konstruktion und Anordnung und guter Ausführung eine nach dem damaligen Stande der elektrotechnischen Kenntnisse und Erfahrungen mustergültige sein und dementsprechend sich im Betriebe erweisen werde. In dieser Weise wird die Garantie auch von dem in erster Instanz eingeholten Sachverständigen-Gutachten aufgefaßt.

Durch dieses Gutachten ist bewiesen, daß die von der Beklagten in der Fabrik der Klägerin installierte Beleuchtungseinrichtung, sowohl die Glühlichtanlage als die Bogenlichtanlage, der vertragsmäßigen Garantie nicht entspricht und daß sie, auch abgesehen von der besonderen Garantie, vielfach wesentliche Mängel hat, welche zum großen Teile auf Konstruktionsfehlern beruhend die Anlage als verfehlt und unbrauchbar erscheinen lassen. Dies wird in Ansehung der Bogenlichtanlage wie der Glühlichtanlage im einzelnen des Näheren ausgeführt. Durch das Gutachten wird weiter festgestellt, daß die Herstellung der Anlage auf die vertragsmäßige Beschaffenheit sich von einer Neuanschaffung nicht erheblich unterscheiden würde, weil die hervorgehobenen wesentlichen Mängel Maschinen, Apparaten, Materialien und Arbeiten angehören, welche weit mehr als die Hälfte des Wertes der ganzen Anlage kosten.

Endlich ist durch das Gutachten noch die Behauptung der Beklagten, daß eine elektrische Beleuchtungsanlage, welche einmal gut funktioniert habe, richtig konstruiert sein müsse, widerlegt. Es ist in dieser Richtung darauf hingewiesen, daß viele Fehler sich erst einige Zeit nach dem Betriebsbeginne herausstellen können, weshalb die Uebernahme einjähriger Garantie für solche Anlagen üblich sei. Andererseits wird als zum Begriff einer Musteranlage gehörig bezeichnet, daß, falls nicht nachgewiesenermaßen der Betrieb nachlässig und in einer gegen die Vorschriften des Erbauers der Anlage verstoßenden Weise geführt werde, dieselbe sich auch im Betrieb bewähren müsse.

Die Bemängelung des Gutachtens, daß es nicht genügend fundiert und nicht schlüssig sei, ist nicht begründet. Es war Aufgabe des technischen Sachverständigen, die aus dem Augenschein und der Erprobung der Anlage sowie aus den hiebei zu Tage getretenen Mängeln sich ergebenden Schlüsse in Ansehung der Qualifikation der Anlage selbst, beziehungsweise ihrer zwei Hauptteile zu ziehen, d. h. das Urteil in dieser Richtung auszusprechen. Dies hat der Sachverständige mit großer Bestimmtheit gethan, ohne daß ein Widerspruch im Gutachten selbst ersichtlich ist. Es besteht deshalb kein Grund zu einer Ergänzung des Gutachtens oder zur Einholung eines Superarbitriums, zumal der in erster Instanz gehörte Sachverständige nach den übereinstimmenden Angaben der Parteien als eine Autorität auf dem Gebiete der Elektrotechnik anerkannt ist.

Durch das Gutachten ist hiernach, wie bemerkt, erwiesen, daß die fragliche Beleuchtungsanlage, und zwar sowohl die Bogenlicht- als die Glühlichtanlage verfehlt, mindestens äußerst mangelhaft ist und jedenfalls der Garantie einer Musteranlage in dem oben bezeichneten Sinne in keiner Weise entspricht.

Auch die Einwendungen der Beklagten, daß Klägerin die Beleuchtungsanlagen als vertragsmäßig und zweckentsprechend genehmigt, sowie daß sie mit dem Schreiben vom 1. Septbr. 1887 zu spät reklamiert habe, sind nicht begründet. Dies ist in der Folge an der Hand der konkreten Sachlage, insbesondere der Korrespondenz nachgewiesen, worauf in den Gründen

über das Recht der Klägerin auf Zurücknahme der Anlage des weiteren gesagt wird:

Klägerin hat mit ihrem Briefe vom 1. September 1887 die Beklagte aufgefordert, den an der Beleuchtungseinrichtung konstatierten Mängeln — im wesentlichen gerade den durch das Gutachten des in erster Instanz gehörten Sachverständigen festgestellten Mängeln — abzuhelfen. Zu diesem Verlangen war die Klägerin vertragsmäßig berechtigt. Die Beklagte hat aber die Vornahme dieser ihr nach dem Vertrage obgelegenen Abhilfe schroff verweigert. Dadurch geriet die Beklagte in Verzug. Die von ihr diesfalls zur Entschuldigung geltend gemachten Umstände verdienen keine Beachtung.

Nach allem dem hängt die Entscheidung nur von der Frage ab, ob der Anspruch der Klägerin auf Zurücknahme der Beleuchtungseinrichtung nach Lage der Sache als durch das Interesse der Klägerin begründet zu erachten ist. Diese Frage muß bejaht werden.

Durch das Gutachten des in erster Instanz gehörten Sachverständigen ist bewiesen, daß das von der Beklagten erstellte Werk wegen der erwähnten Mängel den vertragsmäßigen Zwecken, welchen sie dienen soll, nicht genügt. Die Klägerin aber braucht eine dem Beleuchtungszwecke im Betrieb in sicherer Weise genügende Einrichtung, und hatte eine solche nach dem Vertrage jedenfalls zu erwarten. Die Beklagte hat die von der Klägerin geforderte Abhilfe grundlos und bestimmt verweigert. Somit wäre die Klägerin darauf angewiesen gewesen, die Vornahme solcher Abhilfe im Wege der gerichtlichen Klage zu erzwingen. Die Beschreitung des Prozeßweges zu diesem Zwecke konnte jedoch der Klägerin nicht zugemutet werden, weil sie nach dem Verhalten der Beklagten nicht auf eine rasche Beendigung der Prozesses rechnen durfte und auch im Falle ihres Obsieges erst langwierige, weitläufige, in ihrem Ergebnis kaum absehbare Montierungs- und Reparaturarbeiten in Aussicht nehmen mußte, welche wiederum den Betrieb der Fabrik selbst in empfindlicher Weise zu stören geeignet waren. Die Beschreitung des Prozeßweges wäre voraussichtlich für die

Klägerin mit der Folge verknüpft gewesen, daß sie eine betriebsfähige Beleuchtungseinrichtung mindestens noch während der ganzen im Spätjahr 1887 begonnenen Beleuchtungsperiode, wenn nicht auf längere Zeit, zu entbehren gehabt hätte. Hierauf sich einzulassen war die Klägerin, nachdem die Beklagte die Aufforderung, rasch abzuhelfen, abgewiesen hatte, nicht verpflichtet. Ihr Interesse, zumal die Rücksicht auf den ungehinderten Fortgang des Fabrikbetriebes rechtfertigen vielmehr das Verlangen der Zurücknahme des vertragswidrig erstellten Werkes. Es kann hiernach dahin gestellt bleiben, ob die Zurückweisung des Werkes, beziehungsweise das Verlangen der Zurücknahme, nicht schon auf die von der Beklagten vertragsmäßig übernommene Garantie sich stützen ließe.

Die Einwendung der Beklagten endlich, das Verlangen der Zurücknahme sei deshalb zurückzuweisen, weil Klägerin nicht mehr in der Lage sei, das Werk nach gemachtem Gebrauche in unverändertem Zustande zurückzugeben, ist deshalb zu verwerfen, weil weder bewiesen ist, daß die Klägerin das Werk anders als zu Beleuchtungsversuchen benützte, noch daß sie bei der Vornahme dieser Versuche irgend welche Nachlässigkeit sich zu Schulden kommen ließ. Die durch die Beleuchtungsversuche entstandene Abnützung der Glühlampen hat selbstverständlich die Beklagte zu tragen.

Urteil des II. Civilsenats des K. Oberlandesgerichts vom 7. November 1889 in Sachen der Firma Th. W. und Cie. gegen die Firma F. X. H., Zurücknahme einer Beleuchtungsanlage betreffend [1]).

1) Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision wurde von dem Reichsgerichte verworfen.

83.

Haftung einer Korporation (universitas ordinata oder inordinata) für deliktisches Verschulden ihrer Vertreter. Einwand des eigenen Verschuldens. Bemessung der den Hinterbliebenen zukommenden Entschädigung nach der wahrscheinlichen Lebensdauer des getödteten Ernährers.

Der Kunstglasmaler Otto Wörner von München verunglückte am 24. August 1887 bei dem Neubau der katholischen Kirche zu Dornstadt O./A. Blaubeuren, an welchem er beschäftigt war, und starb an den erlittenen Verletzungen.

Seine Witwe Eva Wörner erhob gegen die katholische Kirchengemeinde Dornstadt Klage auf Vergütung für den ihr durch den Tod ihres Mannes entgangenen Lebensunterhalt. Auf die Berufung gegen das die Klage abweisende Urteil I. Instanz wurde von dem Oberlandesgerichte unter Abänderung desselben zu Gunsten der Klägerin erkannt. Das Sach- und Streitverhältnis ergiebt sich im übrigen aus den nachstehenden Gründen zu dem Berufungsurteile:

Der von der Klägerin erhobene Anspruch wird auf drei verschiedene Klagegründe gestützt:

auf angebliche Verletzung der der Beklagten gemäß dem Werkverdingungsvertrage vom 30. August 1886 obgelegenen Diligenzpflicht in Ansehung der für die Sicherung des verstorbenen Ehemannes der Klägerin bei Ausführung seiner vertragsmäßigen Arbeiten erforderlichen Vorkehrungen;

auf die behauptete Zuwiderhandlung gegen positive gesetzliche Vorschriften, nämlich gegen die Vorschrift des Strafgesetzbuches § 367 Nr. 14 in Verbindung mit Art. 19 der Württemb. Bauordnung vom 6. Oktober 1872 (Reg.-Bl. S. 305 ff. und § 17 Abs. 1 der hiezu ergangenen Vollziehungsverfügung des Ministeriums des Innern vom 23. November 1882 (Reg.-Bl. S. 389 ff.);

auf das aquilische Gesetz in Verbindung mit dem württ. Gesetze, betreffend die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen, vom 5. September 1839 Art. 13.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob der von der Klägerin erhobene Anspruch auf Entschädigung für die ihr durch den Tod ihres Ehemannes entgehenden Alimente sich allein aus dem Vertrage vom 30. August 1886 ableiten ließe [1]), ebenso ob die Klage sich auf den in zweiter Linie bezeichneten Klagegrund ohne Zuhilfenahme allgemeiner Grundsätze über die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen stützen ließe [2]). Denn der weitere Klagegrund, die Berufung auf das aquilische Gesetz und das erwähnte württemb. Gesetz von 1839, ist im vorliegenden Falle als zutreffend anzuerkennen.

1. Nach der durch die Praxis der Gerichte bestätigten Entwicklung des gemeinen Rechtes, welche auch für Württemberg gilt, haftet eine juristische Person, wo sie in Privatrechtsverkehr tritt, für Verschulden wie eine physische Person im gleichen Privatrechtsverhältnisse. Dies ist heutzutage insbesondere auch für die deliktische Haftung allgemein angenommen.

Der Bau der neuen Kirche in Dornstadt wurde von der dortigen katholischen Ortskirchengemeinde als Bauherrin in eigner Verwaltung ausgeführt, wobei als ihr Vertreter der Stiftungsrat handelte. Der Stiftungsrat, als Vertreter der Kirchengemeinde, hat (unter Zustimmung des Bürgerausschusses, beziehungsweise mit Genehmigung der K. Kreisregierung) die Beschlüsse über die Notwendigkeit und den Beginn des Kirchenbaues, über die Beschaffung der nötigen Baukapitalien durch Aufnahme von Anleihen, sowie über die Verzinsung und die Tilgung dieser Schulden mittels Umlagen auf die Parochianen gefaßt. Der Stiftungsrat hat in der Folge — in Vertretung der Kirchengemeinde — dem Regierungsbaumeister M. in Stuttgart die

1) Vergl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen, XXI Nr. 29.

2) Vergl. Entsch. des vorm. Reichsoberhandelsgerichtes VIII Nr. 50; Entsch. des Reichsgerichtes in Civilsachen VI Nr. 73, VIII Nr 60, XVII Nr. 25, XV Nr. 26 S. 124 f., XXI Nr. 29 S. 172.

Entwerfung der Pläne sowie die oberste Bauleitung übertragen, ihm auch den Abschluß der nötigen Verträge mit den einzelnen Handwerkern und Bauaccordanten, so auch mit dem Glasmaler Wörner über die von letzterem zu malenden und einzusetzenden Kirchenfenster überlassen, ohne den M. vertragsmäßig hierin zu beschränken. Es kann hiernach einem Zweifel nicht begegnen, daß M. den Vertrag mit dem verstorbenen Ehemann der Klägerin am 30. August 1886 namens des Stiftungsrates und für denselben abgeschlossen hat. Der Stiftungsrat hat endlich mit der unmittelbaren ständigen Leitung und Ueberwachung der Bauarbeiten und mit der Beaufsichtigung der Arbeiter den Bauführer H. in Stuttgart betraut.

Hiernach wäre, wenn man in dieser Bauangelegenheit den Stiftungsrat als gesetzlichen Vertreter der Kirchengemeinde ansehen dürfte, ohne weiteres klar, daß die letztere eben durch ihren gesetzlichen Vertreter mit dem verstorbenen Ehemann der Klägerin in Privatrechtsverkehr getreten ist. Betrachtet man aber die Kirchengemeinde Dornstadt bezüglich des Kirchenbaues als universitas inordinata, also die Gesamtheit der Parochianen als Vertreter derselben, so drängt sich nach Lage der Sache die Annahme unabweislich auf, daß die Parochianen mit dem Auftreten des Stiftungsrates als Vertreter der Kirchengemeinde, beziehungsweise der Parochianen selbst, in allen den Bau der Kirche betreffenden Angelegenheiten, insbesondere auch in Ansehung der zum Zwecke des Baues nötigen Aufstellung von Technikern, des diesen zu überweisenden und zu überlassenden Geschäftskreises und der zum Bau nötigen Abschließung von Verträgen und der zu treffenden sonstigen Maßnahmen vollständig einverstanden waren und alles, was der Stiftungsrat in diesen Beziehungen that, genehmigten. Diese allgemeine unbedingte Genehmigung seitens der Parochianen, der Gesamtheit derselben, muß demgemäß angenommen werden auch für solche Verträge, welche der Regierungsbaumeister M. namens des Stiftungsrates, beziehungsweise der Kirchengemeinde, mit den Bauaccordanten zufolge der ihm von dem Stiftungsrate eingeräumten Kompetenz abschloß, sowie für solche Akte, welche der

Stiftungsrat seinen geistlichen und weltlichen Vorständen überließ. Letzteres gilt namentlich für die Einsicht und etwaige Prüfung des Vertrages mit Wörner, welcher außer der Beurkundung M.'s das Vidit jener Vorstände trägt. Es käme übrigens im Hinblick darauf, wie die Parochianen den Stiftungsrat in der ganzen Bauangelegenheit schalten und walten ließen, sowie darauf, daß, wie beklagterseits selbst angegeben ist, der Stiftungsrat sich um das Technische gar nichts bekümmert, sondern alles der Bauleitung überlassen hat, auch den Abschluß des Vertrages mit Wörner, gar nicht darauf an, ob der Stiftungsrat oder dessen Vorstände Kenntnis vom Inhalt dieses Vertrages erhalten oder genommen haben. Denn gerade aus dem geschilderten Sachverhalt folgt, daß die Beklagte auch diesen Vertrag als in ihrem Namen und für sie abgeschlossen anzuerkennen hat, und die Beklagte würde dies auch gewiß nicht abzustreiten gewillt sein, wenn es sich um Geltendmachung von Rechten aus dem Vertrage gegen Wörner oder etwa um Geltendmachung der dem Wörner vertragsmäßig gebührenden Vergütung für seine Arbeiten handelte. Demgemäß kann ein Zweifel darüber nicht bestehen, daß die Beklagte, auch wenn man sie als universitas inordinata anzusehen hat, mit dem verstorbenen Ehemann der Klägerin in direkte privatrechtliche Beziehung getreten ist.

2. Wörner verunglückte am 24. August 1887, als er vertragsmäßig mit dem Einsetzen der von ihm für die neue Kirche hergestellten Kirchenfenster beschäftigt war und zu diesem Behufe auf einem in dem Neubau befindlichen Gerüste, nämlich dem von dem Architekten S. zunächst für die Maurer- und Steinhauerarbeiten hergestellten, sich befand, indem eine äußerst schadhafte, in sogenannter fliegender Weise auf dem Gerüste liegende Diele unter ihm brach, er deshalb von dem Gerüste aus der Höhe von 6.20 m auf den Boden herabstürzte, und an den Verletzungen, welche er durch den Sturz davon trug, in der darauffolgenden Nacht starb.

Es ist außer Streit, daß sein Tod auf diesen Unfall als äußere Ursache zurückzuführen ist.

3. Es frägt sich, ob diesfalls der Beklagten ein Verschulden beigemessen werden kann, eventuell ob der Vorwurf des eigenen Verschuldens begründet ist.

In der ersteren Beziehung ist richtig, daß die beklagte Kirchengemeinde, beziehungsweise die einzelnen Parochianen oder den Stiftungsrat selbst ein unmittelbares Verschulden insoferne nicht trifft, als sie die schadhafte Diele auf dem fraglichen Gerüste nicht angebracht haben. Es kann ihnen auch eine culpa in eligendo nicht vorgeworfen werden, soferne die Wahl des Regierungsbaumeisters M. und des Bauführers H. als der bauleitenden und aufsichtsführenden Techniker nicht beanstandet ist. Nach den Grundsätzen über die Haftung aus dem aquilischen Gesetze haftet aber der Auftraggeber (Bauherr) auch für solchen Schaden, welcher durch Handlungen und Unterlassungen der Beauftragten und Versäumung der dem Auftraggeber obliegenden Aufsichtspflicht entstanden ist. In welchem Umfange eine Pflicht zur Beaufsichtigung besteht, ist im einzelnen Falle zu prüfen [1]). Hiernach kann durch die Umstände eine solche Pflicht begründet sein, obwohl der Bauherr einen Techniker mit der Leitung und Beaufsichtigung des Bauwesens beauftragt hat. Im vorliegenden Falle muß nun allerdings angenommen werden, daß eine solche besondere Aufsichtspflicht gerade in Ansehung des Gerüstes, welches Wörner am 24. Aug. 1887 benützte, bestand. Eine derartige Aufsichtspflicht kann auch aus einem zwischen dem Bauherrn und dem Verletzten bestandenen obligatorischen Verhältnisse zu entnehmen sein, und es ist die Berufung auf die Grundsätze über aquilische culpa nicht deshalb ausgeschlossen, weil durch solche Vertragsbestimmungen in concreto die Aufsichtspflicht noch über das schon gesetzlich vorgeschriebene Maß (württ. Bauordnung Art. 19, württ. Ministerialverfügung § 17) hinaus noch besonders begründet und verschärft wird.

Durch den mit Wörner abgeschlossenen Vertrag wurde für die Beklagte eine spezielle und besondere Aufsichtspflicht

1) Windscheid, Pand. § 455 Noten 12, 27, Entsch. des Reichsgerichtes in Civilsachen. VIII Nr. 12, X Nr. 41.

insofern begründet, als hiernach Wörner bei der Einsetzung der Fenster auf das ihm von der Beklagten zu stellende Gerüst angewiesen war. Allerdings wird hiegegen eingewendet, daß, da die betreffende Vertragsbestimmung laute, „die nötigen Gerüste, Cemente und Kitte stelle die Bauleitung“, nicht die Beklagte als Bauherr, sondern nur die Bauleitung die Stellung des Gerüstes übernommen habe. Allein nach dem Inhalte dieses Vertrages muß davon ausgegangen werden, daß hier eine Verpflichtung des Bauherrn statuiert und die Bauleitung nur als Vertreterin des Bauherrn das Gerüst stellen, nicht etwa in dem zwischen Wörner und der Beklagten abgeschlossenen Vertrag rücksichtlich des einen Punktes dem bauleitenden Techniker M. eine obligatorische Verpflichtung nur für seine Person auferlegt werden sollte. Dieser Sinn des Vertrages mußte, wenn es darauf überhaupt ankommen sollte, auch dem geistlichen und weltlichen Vorsteher des Stiftungsrates beim Einsehen des Vertrages klar sein. Kann die Beklagte, wie schon oben ausgeführt worden, nicht die Verantwortung aus dem Vertrage überhaupt ablehnen, so trifft dies aus dem eben bemerkten Grunde auch in Ansehung der fraglichen einzelnen Vertragsbestimmung zu. Aus letzterer erwuchs für die Beklagte als Bauherrin die besondere Aufsichtspflicht wegen des Gerüstes, und zwar nicht bloß in Ansehung der richtigen und soliden Konstruktion desselben, sondern auch hinsichtlich der Beschaffenheit der einzelnen Bestandteile und Zubehörden. Diese Pflicht traf die Beklagte, obwohl sie eine juristische Person ist, und auch wenn sie als eine universitas inordinata anzusehen ist. Die Beklagte konnte dieser Aufsichtspflicht genügen, wenn auch nicht dadurch, daß ihr gesetzlicher Vertreter oder die einzelnen Kirchengenossen, oder der bauleitende Techniker das Gerüste jedesmal vor der Benützung durch die einzelnen Bauaccordanten auf die Solidität der Konstruktion, wie auf die solide Beschaffenheit der einzelnen Teile untersuchten, aber dadurch, daß Vorsorge getroffen wurde, daß das Gerüst je vor solcher Benützung durch bestimmte Techniker in den erwähnten Richtungen untersucht und geprüft wurde. Eine solche

Vorsorge wurde nicht getroffen. Der Stiftungsrat hat sich vielmehr auch in dieser Richtung alles den Technikern und deren Gutdünken überlassen. Diese besondere Verpflichtung konnte auch Angesichts des Vertrages den Vertretern der Beklagten, sei es dem gesetzlichen Vertreter oder denjenigen, welche die Beklagte als ihre Vertreter schalten und walten ließ, bei pflichtmäßigem Verhalten nicht entgehen. Denn sie ergiebt sich, wie bemerkt, unmittelbar daraus, daß Wörner auf das ihm vom Bauherrn oder von der Bauleitung namens des letzteren zu stellende Gerüst angewiesen war. Eine Prüfung und Untersuchung des Gerüstes in den bezeichneten Richtungen war endlich auch in concreto möglich, wie schon aus dem von der Beklagten für sich benutzten Vorbringen des bauleitenden Technikers M. erhellt, daß nämlich Wörner das fragliche Gerüst nicht ohne vorgängige Anzeige an M. und hierauf durch diesen vorzunehmende Untersuchung des Gerüstes hätte benützen sollen.

Für die Unterlassung jeglicher Vorsorge, durch welche die Aufsichtspflicht auszuüben gewesen wäre und hätte ausgeübt werden können, ist die Beklagte selbst haftbar, indem sie auch in dieser Beziehung für das schuldhafte Versäumnis ihrer gesetzlichen Vertreter oder derjenigen, welche sie als ihre Vertreter frei und unbedingt schalten und walten ließ, einzustehen hat.

Die Beklagte behauptet aber, daß für die sogenannten fliegenden Teile des Gerüstes, insbesondere für die Dielen, eine Verantwortung naturgemäß nicht habe übernommen werden können, weil diese Teile von den Arbeitern nach Bedarf verschoben, verändert und beigebracht würden, auch zwei oder drei Dielen nach Bedarf übereinander gelegt werden könnten, sowie daß auch bei ordnungsmäßiger Geschäftsbehandlung eine schadhafte Diele zur Verwendung habe kommen können, ohne daß dies bemerkt worden wäre. Dieser Einwand ist als unzutreffend zu verwerfen, ohne daß diesfalls der beantragte Beweis durch Vernehmung Sachverständiger einzuziehen wäre, weil nach dem Vertrage vom 30. August 1886 dem Wörner das ganze Gerüst inkl. der fliegenden Teile zu stellen war, Wörner also die Dielen nicht mitzubringen hatte, die fragliche Diele auch nicht

selbst mitgebracht oder aufgelegt hat, dieselbe vielmehr, wie anzunehmen ist, von dem Erbauer des Gerüstes S. herrührte, weil überdies nicht dargethan ist, daß gerade auch die fragliche Diele nur in fliegender Weise aufgelegt werden mußte; endlich weil anlangend die Verborgenheit des Mangels der Diele nach dem eigenen Vorbringen M.'s und der Beklagten anzunehmen ist, daß eine ordnungsmäßige Untersuchung des Gerüstes auch in Beziehung auf die fliegenden Teile möglich gewesen wäre und bei sorgsamer Untersuchung auch die Schadhaftigkeit der fraglichen Diele, obwohl jene durch Schmutz verdeckt war, hätte entdeckt werden können und müssen. Gerade letztere Annahme geht mit Notwendigkeit daraus hervor, daß der sachverständige Techniker der Beklagten sagt, Wörner hätte vor der Benützung des Gerüstes die Untersuchung durch den Techniker veranlassen sollen.

Aus alle dem ergiebt sich aber weiter, daß der Unfall, welcher dem Wörner am 24. August 1887 zustieß und seinen Tod zur Folge hatte, auf das Unterlassen einer positiven Thätigkeit zurückzuführen ist, welche infolge der Thatsache, daß dem Wörner seitens der Beklagten als Bauherrn zur Vornahme seiner vertragsmäßigen Arbeiten das Gerüste zu stellen war, geboten gewesen wäre, und daß für das Unterbleiben dieser Thätigkeit die Beklagte verantwortlich zu machen ist. Dies genügt zur Anwendung der aquilischen Grundsätze über die Schadenersatzpflicht gegen die Beklagte.

4. Gegen Wörner ist in verschiedenen Beziehungen der Vorwurf eigenen Verschuldens erhoben, und dieser Einwand wäre, wenn zutreffend, auch gegenüber dem selbständigen Entschädigungsanspruch der Klägerin zu beachten [1]).

Wie schon bemerkt, wird dem Wörner vorgeworfen, er habe das fragliche Gerüst eigenmächtig benützt, hätte dasselbe nicht ohne vorgängige Anfrage bei dem bauleitenden Techniker

1) Seuffert's Archiv XXX Nr. 147; Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen XIV Nr. 63.

benützen dürfen. Hiergegen kommt aber in Betracht, daß nach dem Vertrage vom 30. August 1886 dem Wörner eine derartige Verpflichtung nicht auferlegt wurde, auch kein anderer Umstand namhaft gemacht ist, aus welchem sich eine derartige Verpflichtung ergäbe, wohl aber aus der Feststellung durch den Thatbestand zum Urteile erster Instanz erhellt, wie jener Techniker die ihm obliegende Bauleitung ausübte, nämlich, indem er nur alle drei bis vier Wochen nach Dornstadt kam, um die Bauarbeiten und den Fortschritt des Bauwesens zu besichtigen, im übrigen aber gerade den Verkehr mit den einzelnen Accordanten und Arbeitern dem Bauführer H. überließ. Dieser Bauführer aber war es, welcher den Wörner schon vor seinem Eintreffen in Dornstadt mit der Aufforderung zum demnächstigen Beginnen der Einsetzungsarbeit ausdrücklich und wiederholt auf das Maurer- und Steinhauergerüste, welches der Architekt S. nach dem zwischen ihm und M. abgeschlossenen Vertrage den anderen Handwerkern zur Mitbenützung zu überlassen hatte, als das ihm zur Verfügung stehende verwies, und, als Wörner am 24. August 1887 sich zum Beginn jener Arbeit meldete und sie in Angriff nahm, jedenfalls die Benützung dieses Gerüstes zuließ, und ihm sogar zur Arbeit auf diesem Gerüste einen Gehilfen zuwies. Von einer Eigenmächtigkeit des Wörner kann hiernach keine Rede sein [1]).

5. Ist dem Ausgeführten zufolge auch der Vorwurf des eigenen Verschuldens nicht begründet, so ist die Beklagte verbunden, der Klägerin nach Maßgabe der gemeinrechtlichen Grundsätze über die Haftung aus dem aquilischen Gesetze, beziehungsweise des hiermit übereinstimmenden württemberg. Gesetzes vom 5. Sept. 1839 Art. 13 [2]), Entschädigung dafür zu gewähren, daß ihr durch den Tod ihres Ehemannes die Alimente, welche dieser ihr zu reichen gesetzlich verpflichtet war

1) Die Mitteilung der übrigen Behauptungen, auf welche der Vorwurf eigenen Verschuldens gestützt wurde, und der Widerlegung derselben bietet kein allgemeines Interesse.

2) Vergl. Entsch. des R.G. in Civilsachen VII Nr. 44, Jahrb. der württemb. Rechtspflege. I S. 138.

und gereicht hatte, entgehen. Diese Verpflichtung, welche die Beklagte selbst zufolge eines von ihr zu vertretenden Verschuldens trifft, kann sie selbstverständlich auch nicht, soweit ihr Verhältnis zur Klägerin in Frage steht, auf Dritte, etwa auf den Architekten S. überwälzen.

Die Klägerin verlangt 1200 M. jährliche Rente. Gegen die Rentenforderung ist an sich nichts eingewendet. Bezüglich der Höhe der Rente verweist die Klägerin darauf, daß ihr verstorbener Ehemann zu seinen Lebzeiten, wenn auch kein Vermögen erspart, doch aus seinem Verdienste seine Familie anständig ernährt habe, auch seine Kinder habe anständig erziehen können, ferner darauf, daß, während Wörner ein gesunder kräftiger Mann gewesen, sie eine schwächliche, kränkliche Frau und zu arbeiten kaum im Stande sei. Endlich zieht sie noch in Betracht, daß sie noch eine minderjährige Tochter zu alimentieren hat. Diese Umstände, gegen welche an sich nichts Beachtliches vorgebracht ist, sind bei der Bemessung der Rente zu Grunde zu legen. Im Hinblick auf dieselben erscheint der geforderte Betrag als ein so mäßiger, daß er der Klägerin insbesondere auch auf diejenige Zeit zugesprochen werden kann, wo jene minderjährige Tochter versorgt sein wird. Es ist davon auszugehen, daß es dem verstorbenen Wörner möglich gewesen wäre, auch fernerhin seine Witwe in anständiger Weise zu alimentieren, und darauf von seinem Verdienste mindestens jährlich 1200 M. hätte erübrigen können und verwendet hätte.

Nach dem württemb. Gesetze Art. 13 Abs. 2., wie nach allgemeinen Grundsätzen, ist aber bei Bemessung der Entschädigung auf die mutmaßliche Lebensdauer des Getöteten Rücksicht zu nehmen. Steht eine Rente in Frage, so ist diese nicht unbeschränkt, sondern nur auf die mutmaßliche Lebensdauer des Getöteten zuzusprechen. Die Bestimmung dieser Zeitdauer steht, in Ermangelung eines besonderen württemb. Gesetzes über Feststellung der mutmaßlichen Lebensdauer in Fällen der vorliegenden Art, im Ermessen des Gerichtes[1]).

1) Vergl. Entsch. des Reichsgerichts in Civils. V Nr. 29, X Nr. 59 S. 135, XIII Nr. 5.

Wörner war, wie feststeht, ein gesunder, kräftiger Mann, 43 Jahre und einige Monate alt; sein Beruf war kein aufreibender oder besonders gefährlicher. Dies sind die einzigen speziellen Anhaltspunkte. In Erwägung derselben, sowie im Hinblick auf die der Instruktion zum alten württembergischen Sportelgesetz vom 23. Juni 1828 Art. 9 (§ 22) zu Grunde liegenden Erhebungen und Wahrscheinlichkeitsberechnungen setzte man die wahrscheinliche Lebensdauer Wörner's noch auf 18 Jahre fest.

Hiernach hat man dem Klaggesuch entsprechend, mit Beschränkung der Rente auf 18 Jahre, erkannt.

Zu bemerken ist noch, daß die Klägerin die Rente nur für ihre Person gefordert hat und die Rente auch durch dieses Urteil ihr nur für ihre Person zugesprochen wird. Mit dem früheren Eintritt des Todes der Klägerin kommt demnach die Verpflichtung der Beklagten zur weiteren Leistung dieser Rente in Wegfall.

Urteil des II. Senats des K. Oberlandesgerichts vom 26. November 1889 in Sachen Wörner gegen katholische Kirchengemeinde Dornstadt, Schadensersatzforderung betreffend [1]).

IX.

Kann durch den Parteiwillen ein Substitutionsbevollmächtigter zum eigentlichen Prozeßbevollmächtigten im Sinne des § 77, 162 der R.C.P.O. werden?

Von

Herrn Amtsrichter Betz in Tuttlingen.

In einem bei dem Amtsgerichte N. anhängig gemachten Civilrechtsstreit enthielt die von dem Beklagten

1) Das Reichsgericht hat die gegen dieses Urteil eingelegte Revision zurückgewiesen.

selbst auf X. ausgestellte Vollmacht die Klausel, daß er (der Beklagte) den X. ermächtige, einen Substitutionsbevollmächtigten in vollem Mandatsumfang zu bestellen. X. übertrug dann dem Y. die (Prozeß-) Vollmacht „in vollem Mandatsumfang". Y. wurde in dem amtsgerichtlichen Urteilstenor als Vertreter des Beklagten bezeichnet. An Y. erfolgte auch die Zustellung des erstinstanzlichen Urteils. Es wurde Berufung erhoben, solche aber aus dem formellen Grunde verworfen, weil die Zustellung an den eigentlichen Prozeßbevollmächtigten X., und nicht an Y., der nicht als solcher zu betrachten sei, hätte bewirkt werden sollen und demnach die Einlegung des Rechtsmittels der Berufung, welches ordnungsmäßige Zustellung des Urteils voraussetzt, verfrüht gewesen sei. In den Entscheidungsgründen zu dem berufungsinstanzlichen Urteil wurde auf die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. IV S. 414 f., Bd. XI S. 368 ff. Bezug genommen.

Unmittelbar finden nun diese Entscheidungen hieher keine Anwendung, da nicht etwa nur der Prozeßbevollmächtigte von sich aus eine Substitutionsvollmacht (im ganzen Umfang) auf Y. ausgestellt hatte, in welchem Falle nach § 162, 77 R.C.P.O. die Zustellung allenfalls an X. hätte erfolgen sollen, wenn man nicht der Ansicht Wilmowski-Levi's, Komment. zur R.C.P.O., 3. Aufl., zu § 77 Anm. 4 S. 116, 117 beipflichtet, wonach der für die ganze Instanz vom ursprünglichen Prozeßbevollmächtigten bestellte Vertreter (§ 77) ohnehin schon als Prozeßbevollmächtigter im Sinne des cit. § 162 erscheint — anderer Ansicht übrigens Gaupp zur R.C.P.O., 2. Aufl. S. 191 α. —, da vielmehr die Partei selbst es ist, welche durch die dem ursprünglichen Prozeßbevollmächtigten beigegebene erwähnte Vollmachtsklausel, beziehungsweise durch Weitergabe solcher Vollmacht seitens desselben an Y diesen zum Prozeßbevollmächtigten stempelte.

Dieser Auffassung stehen auch nicht etwa die §§ 77, 79 R.C.P.O. entgegen, denn der § 77 regelt nur die an sich nach den gesetzlichen Bestimmungen einem Prozeßbevollmächtigten zustehenden Befugnisse, stellt den legalen Inhalt der Vollmacht

z. B. bezüglich der Befugnis der Uebertragung an eine andere Person, zur Bestellung eines Vertreters, fest. Er besagt nur, zu was die ohne weiteres erteilte Vollmacht mindestens ermächtigt, und § 79 spricht nur von der rechtlichen Wirkung der Beschränkung des gesetzlichen Umfangs gegenüber dem Gegner. Davon aber — wenigstens direkt — spricht die R.C.P.O. nichts und läßt sich auch aus anderweiter Regelung nichts entnehmen, daß nicht auch die Befugnisse mit rechtlicher Wirkung gegenüber dem Gegner erweitert werden können. Eine solche Erweiterung ist demnach nicht ausgeschlossen und ist kaum recht ersichtlich, warum eine Prozeßpartei nicht einer anderen Person den Auftrag, die Vollmacht sollte geben dürfen, wiederum einen (anderen) Prozeßbevollmächtigten, mit allen Befugnissen und Rechten des § 77 der R.C.P.O. ausgestattet, aufzustellen, so daß dann auch an diesen (in unserem Falle Y) die Zustellungen zu bewirken wären und der andere (X.) als Prozeßbevollmächtigter ganz ausscheidet.

Gaupp a. a. O. S. 190/91 sagt: „Der Prozeßbevollmächtigte, d. h. derjenige, welcher für einen einzelnen Prozeß Vollmacht erhalten hat — im Gegensatz zum Generalbevollmächtigten und zu demjenigen, welcher mit der Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten beauftragt ist — kann seine Vollmacht als solche d. h. mit allen Befugnissen nach § 77 nicht auf einen anderen übertragen, um damit an seiner (des Substituenten) Stelle einen anderen Prozeßbevollmächtigten für den ganzen Prozeß zu bestellen oder sich einen solchen zu kooptieren. Er, d. h. der Prozeßbevollmächtigte (im engeren Sinne), kann nur einen „Vertreter" für einzelne Prozeßhandlungen, auch für die ganze Instanz ernennen." Hier spricht doch wohl Gaupp nur davon, daß der in Gemäßheit des cit. § 77 bestellte Substitut nicht zum eigentlichen Prozeßbevollmächtigten werde, läßt aber, wie aus der Bemerkung in dem Zwischen-Gedankensatze „im Gegensatze zu ⁊c." hervorgeht, doch wohl zu, daß ein dritter auf Grund der vom Parteiwillen ausgedehnten Vollmacht einen Substituten zum Prozeßbevollmächtigten im Sinne des § 162, 77 zu schaffen

vermöge. Die Prozeßvollmacht (an X.) enthielt eben zugleich die civilrechtliche Befugnis zur Aufstellung eines (neuen) Prozeßbevollmächtigten und ist daher wohl die Bezeichnung des Y. im Urteilstenor als Vertreter und die Zustellung des Urteils an ihn als richtig zu bezeichnen.

X.

Ueber den Umfang der Prozeßkostenersatzforderung.

Von

Herrn Landgerichtsrat Lämmert in Ulm.

Daß die Verpflichtung der unterliegenden Partei, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, nicht jede Vermögenseinbuße in sich begreift, die dem obsiegenden Teil durch die Prozeßführung zugegangen ist, darüber herrscht in Lehre und Rechtsprechung allgemeines Einverständnis. Nicht so über die Grenzen der Ersatzpflicht und über das diese Grenzen bestimmende Prinzip. Bald wird unterschieden zwischen Kosten, welche die unmittelbare Folge der Prozeßführung sind, und Schaden, der erst in weiterer Folge mittelbar eintritt [1]), oder im Anschluß an den Wortlaut der Motive zu § 87 der C.P.O. zwischen Kosten, welche allein durch die Thatsache des Obsiegs im Rechtsstreit, und solchen, welche durch noch weitere Umstände begründet werden [2]), bald zwischen dem wirklichen zum Zweck der Prozeßführung gemachten Vermögensaufwand und dem infolge des Prozesses oder einer Prozeßhandlung entgangenen Gewinne [3]), bald zwischen notwendigen einerseits und über-

1) Zu vergl. die Entsch. des O.L.G. Kiel in Seuffert's Archiv B. 41 Nr. 145.

2) Zu vergl. Willenbücher, das Kostenfestsetzungsverfahren S. 13 und den Kommentar von Struckmann-Koch zu § 87 Anm. 2.

3) So die viel angefochtene Entscheidung des Reichsgerichts in B. 10 Nr. 134 der Entscheidungen des R.G. in Civilsachen. Jastrow im Archiv für civ. Pr. B. 68 S. 389 acceptiert die reichsgerichtl. Definition der

flüssigen oder zufälligen Kosten andererseits [1]), und zwar sollen von der Erstattungspflicht ausgenommen sein die je an zweiter Stelle dieser verschiedenen Unterscheidungen angeführten Arten von Aufwendungen. Eine weitere von Meyer in Buschs Zeitschrift für den Civilprozeß B. 7 S. 284 vertretene Ansicht, der sich das Landgericht in Erfurt in einem ebendaselbst S. 541 mitgeteilten Falle angeschlossen hat, scheidet als nicht erstattungsfähig nur diejenigen Kosten aus, welche sich als Ersatzanspruch eines durch Beschädigung, Verderb oder Vorenthaltung des Streitgegenstandes erwachsenen Schadens darstellen. Eine Entscheidung des Landgerichts Hall, mitgeteilt in der gleichen Zeitschrift B. 8 S. 304 [2]), spricht sich dahin aus, daß nach den Motiven die Reichscivilprozeßordnung sich den Bestimmungen der württ. Civilprozeßordnung über den Umfang der Prozeßkosten anschließen wolle, wonach die durch den Rechtsstreit ver-

---

erstattungsfähigen Prozeßkosten als eines wirklichen Aufwandes aus dem Vermögen zum Zwecke der Prozeßführung mit der Aenderung, daß er den Worten „zum Zwecke der Prozeßführung" die Worte „wegen der Prozeßführung" substituiert, sucht im übrigen nachzuweisen, daß jeder entgangene Gewinn, welcher durch Entziehung der menschlichen Arbeitskraft herbeigeführt werde, für den von seiner Arbeit Lebenden einem wirklichen Aufwand aus dem Vermögen insoweit gleichkomme, als der Betrag des entgangenen Verdienstes zu seinem Lebensunterhalt für die Zeit der Entziehung der Arbeitskraft erforderlich sei, und erachtet in diesem Umfang den Anspruch der obsiegenden Partei auf Erstattung von Versäumnissen für begründet.

1) So Pfizer in der Zeitschrift Gruchot's B. 31 S. 591 ff.

2) Uebereinstimmend die Mitteilungen aus der Rechtsprechung dieses Gerichts im württ. Ger.-Bl. B. 17 S 339 f., B. 20 S. 474 ff. Aus den eod. B. 19 S. 262 f. u. B. 20 S. 123 mitgeteilten Entscheidungen unseres Oberlandesgerichtes ergiebt sich, daß dasselbe Reisekosten zu den erstattungsfähigen Prozeßkosten rechnet, nicht aber, in welchem Umfange. Doch ist dem Einsender sonsther bekannt, daß unser höchstes Landesgericht Anrechnungen für Zeitversäumnis passieren läßt. — Das Oberlandesgericht Jena hat ursprünglich Reisekosten der Parteien unterschiedlos gestrichen als Schadensersatzansprüche, die nicht unter § 87 C.P.O. begriffen seien, später hat es im Anschluß an die im Text erwähnte Reichsgerichtsentscheidung die Reiseauslagen für passierlich erklärt (Seuffert's Arch. B. 37 Nr. 251 und B. 42 Nr. 152).

anlaßten Reisekosten der Parteien, ihrer Bevollmächtigten und Beistände, wie auch sonstige Auslagen, desgl. die Entschädigung für den durch die Führung des Rechtsstreits veranlaßten notwendigen Zeitaufwand zu den Prozeßkosten gehören, der Ersatz anderweitigen Schadens aber, welchen eine Partei durch den Rechtsstreit erlitten haben will, nur in abgesondertem Civilrechtswege und nach Civilrechtsgrundsätzen verlangt werden kann.

Auf die Motive zu § 87 C.P.O. beziehen sich überhaupt die Vertreter sämtlicher Ansichten, sei es, daß sie sich auf dieselben stützen, oder daß sie sich mit ihnen abfinden, wobei dann der Fall eintritt, daß der Wortlaut des Gesetzes selbst über einem unklaren Inhalte der Erläuterungen zu dem Entwurfe nicht genügend berücksichtigt wird [1]). Die Motive lauten:

„In Anwendung des allgemeinen Prinzips [2]) bestimmt der § 85 (§ 87 des Gesetzes), daß die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, d. i., wie der preußische Entwurf § 1348 hervorhebt, nicht nur die ihr erwachsenden Kosten zu tragen, sondern insbesondere die dem Gegner erwachsenden Kosten zu erstatten hat. —

Im einzelnen Fall wird die Erstattungspflicht objektiv durch § 85 beschränkt auf die Erstattung der gegnerischen Kosten, soweit dieselben nach dem freien Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren (vergl. hannov. Entwurf § 67 [3]), Württemberg Art. 134 [4]), norddeutscher Entwurf § 149 [5]), Bayern Art. 106 [6]).

1) Was übrigens nicht von der Abhandlung Pfizers in Gruchots Zeitschrift gilt, welche die Motive nur gelegentlich anführt.

2) Welches die Motive unmittelbar vorher dahin bestimmen, das Unterliegen in der Hauptsache als solches ziehe als Rechtsfolge die Verantwortlichkeit für die Prozeßkosten nach sich.

3) Die Bestimmung lautet in Abs 1: die unterliegende Partei hat die der Gegenpartei durch den Rechtsstreit verursachten, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Kosten zu ersetzen.

4) Welcher in seinem Abs. 1 wörtlich mit der in der vorigen Note angeführten Bestimmung des hannoverischen Entwurfes übereinstimmt.

Gegenstand der Erstattungspflicht sind die durch den Prozeß entstandenen Kosten der Partei ohne Rücksicht darauf, ob dieselben an das Gericht oder einen andern Zahlungsempfänger gezahlt sind; im Sinne des preußischen Prozesses die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten.

Außerhalb des Prozeßkostenersatzes liegen Schadensansprüche, deren Fundament nicht allein durch die Thatsache des Obsiegs im Rechtsstreit, sondern noch durch weitere Umstände begründet werden. Solche Forderungen sind in besonderem Prozesse zu verfolgen. Württemberg Art. 150 spricht den nicht zweifelhaften Satz noch besonders aus. Bayern Art. 119 verpflichtet dagegen das Prozeß- beziehungsweise Vollstreckungsgericht zur sofortigen Entscheidung über dergl. Schadensansprüche und begründet für eine etwaige Nachliquidation einen besonderen Gerichtsstand des Zusammenhanges."

Nun bildet freilich der Obsieg im Rechtsstreit das Fundament des Kostenersatzanspruches, aber doch nur in dem Sinne, daß die Kostenersatzpflicht als solche schlechtweg an diese Thatsache geknüpft und der Gedanke ausgeschlossen sein soll, als sei diese Ersatzpflicht die Folge sonstiger allgemeiner Rechtsgrundsätze, etwa solcher über den Ersatz schuldhaft verursachten Schadens, wie dies schon in der allgemeinen Ausführung der Motive zu dem Prozeßkostentitel hervorgehoben ist. Was aber den Umfang des in diesem Sinne an den Obsieg im Rechtsstreit geknüpften Anspruches betrifft, d. h. die Frage, inwieweit dem Sieger die ihm aus dem Prozeßbetrieb zugegangenen Vermögensnachteile erstattet werden müssen, so leuchtet ein, daß die Erledigung dieser Frage nicht gefördert wird durch die

5) Soll übrigens heißen § 141, welcher in Abs. 1 lautet: Die unterliegende Partei hat die sämtlichen Kosten des Rechtsstreits zu tragen; sie hat insbesondere die der Gegenpartei verursachten, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Kosten zu erstatten.

6) Der § lautet in Abs. 1: Der unterliegende Teil ist schuldig, der Gegenpartei alle durch den Rechtsstreit verursachten gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten zu ersetzen.

Auskunft, nur diejenigen Schadensansprüche seien erstattungsfähig, welche ihren Grund allein in der Thatsache des Obsiegs im Rechtsstreit haben. Denn, wenn damit lediglich auf den Satz rekurriert werden will, daß die Erstattungsberechtigung an den Obsieg im Rechtsstreit als ihren ausschließlichen Rechtsgrund geknüpft sein soll, so ergiebt sich hieraus für die Feststellung des Umfanges der Erstattungspflicht mehr nicht als die allgemeine Regulative, daß die Erstattungspflicht nicht als der Ausfluß irgend eines umfassenderen Rechtsgedankens angesehen und also z. B., da die Erstattungspflicht mit den Grundsätzen über den Ersatz schuldhaft verursachten Schadens nicht in Zusammenhang gebracht werden darf, ihr Umfang auch nicht nach diesen Grundsätzen bestimmt werden darf. Es ist ersichtlich, daß eine positive Norm für die Begrenzung dieses Umfanges hiermit nicht gegeben ist. Wollen die Motive aber besagen, daß nur solche Schadensersatzansprüche erstattungsfähig seien, zu deren thatsächlicher Darlegung es keiner weiteren rechtsbegründenden Thatsache, als derjenigen des Obsiegs im Rechtsstreit bedürfe, worauf der Wortlaut hinweist, so liegt eine offenbare Unrichtigkeit vor. Denn durch den Obsieg im Prozeß allein wird ein Schadensanspruch niemals begründet, es müssen, damit er ins Leben treten kann, immer weitere Umstände hinzutreten, nämlich eben die Thatsachen, welche den Vermögensschaden verursachen und zu denen der Obsieg als solcher nicht gehört; sondern dieser letztere ist nur diejenige Thatsache, an deren Vorhandensein das Gesetz die Erstattungspflicht unter der Voraussetzung knüpft, daß sonstige Thatsachen vorliegen, welche einen Schaden des obsiegenden Teiles bedingen. Mit dem Satze der Motive, daß Schadensersatzansprüche, deren Fundament nicht allein durch die Thatsache des Obsiegs im Rechtsstreite, sondern noch durch weitere Umstände begründet werde, außerhalb des Prozeßkostenersatzes liegen, ist also für den Zweck der Bestimmung des Umfanges der Prozeßkostenersatzpflicht nichts anzufangen. Und eben deswegen darf auch der in diesem Zusammenhange befindlichen Bezugnahme der Motive auf Art. 150 der württemb. Civilprozeßordnung kein

allzu großes Gewicht beigelegt werden, zumal der Art. 150 seine Bedeutung lediglich in dem Gegensatz zu Art. 149 hat, welch letzterer Reisekosten, sonstige Auslagen und die Entschädigung für den durch die Führung des Rechtsstreits verursachten Zeitaufwand zu den Prozeßkosten rechnet. Wohl aber ist es von Interesse, zu beachten, wie die Motive offenbar davon ausgehen, daß der § 85 des Entwurfes so, wie er gefaßt ist und wie er auch als § 87 Gesetz wurde, sich hinreichend deutlich über das Prinzip des Umfanges der Kostenersatzpflicht ausspreche. Und dies ist in der That auch der Fall. In § 87 des Gesetzes, welcher die grundsätzliche Regelung der Kostenersatzpflicht enthält, ist dieses Prinzip mit ausdrücklichen Worten, wenn auch nicht in sehr präziser Fassung, aufgestellt. Nur darf man dasselbe nicht darin suchen, daß dem unterliegenden Teile die Erstattung der dem Gegner erwachsenen Kosten aufgegeben wird, als ob durch diese Bezeichnung der zu erstattenden Kosten nur Barauslagen im Gegensatze zu entgangenem Gewinn (Verdienste) für erstattungsfähig anerkannt werden wollten. Die dem Gegner erwachsenen Kosten sind nicht mehr und nicht weniger als die Kosten des Gegners; daß nicht dieser letztere Ausdruck gewählt wurde, ist eine Zufälligkeit, die vielleicht ihren Anlaß darin hat, daß im Zusammenhang des Satzes mit Rücksicht auf die vorausgegangenen Worte „die Kosten des Rechtsstreits" der gewählte Ausdruck besser ins Ohr fällt [1]). Sondern der für die Frage des Umfanges der Prozeßkosten maßgebende Grundsatz ist, worauf auch die Motive ausdrücklich hinweisen, in den Worten „soweit dieselben nach freiem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren" ausgesprochen. Unpräzis ist diese Fassung freilich insofern, als unter ihren streng genommenen Wortlaut nur diejenigen Kosten fallen, welche sich als Mittel zum Zweck der Prozeßführung darstellen, und alle diejenigen ausgeschlossen

1) Zu vergl. die Ausführung in Boschers Zeitschrift Bd. 30 S. 200 ff.

sind, welche erst infolge der Prozeßführung, wenn auch in notwendiger Folge derselben, eintreten, wie z. B. die Kosten der Rückreise der Partei von der Gerichtsstelle an ihren Wohnort. Dieses Beispiel allein beweist, daß ein solcher Unterschied nicht im Sinne des Gesetzes liegen kann, daß also hier eine aus der württembergischen Prozeßordnung, beziehungsweise dem hannöverschen und dem norddeutschen Entwurfe herübergenommene ungenaue Ausdrucksweise vorliegt, und daß es statt „zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung" wohl richtiger heißen würde „bei zweckentsprechender Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung".

Die Begrenzung des Umfangs der erstattbaren Kosten ist hiernach einerseits in der Zweckmäßigkeit der sie veranlassenden Prozeßführung, andererseits in der Notwendigkeit der durch einen solchen Prozeßbetrieb veranlaßten Kosten zu suchen.

Das Erfordernis der Zweckmäßigkeit bedarf wohl kaum einer Erläuterung. Nur auf zwei Punkte darf vielleicht aufmerksam gemacht werden, einmal darauf, daß die Frage nach der Zweckmäßigkeit einer Prozeßhandlung nicht ex post mit Rücksicht auf ihren Erfolg, sondern vom Standpunkte der Partei, als sie die Handlung vornahm, zu beurteilen ist, sodann darauf, daß die Höhe der aufgewendeten Prozeßkosten in einem gewissen billigen Verhältnisse zu dem Interesse der Partei am Obsieg im Rechtsstreit stehen muß, um die Prozeßführung zweckentsprechend d. h. dem verfolgten Zwecke angemessen erscheinen zu lassen, und daß dies bei Vornahme von Handlungen, welche unverhältnismäßige Kosten im Vergleiche zu diesem Interesse verursachen, nicht zutrifft. Also z. B. ist zwar in der Regel die persönliche Anwesenheit der Partei im Termin neben ihrem Anwalte als zweckentsprechende Prozeßführung anzusehen; wenn jedoch hiedurch große Reisekosten entstehen, während es sich um einen Bagatellstreitwert handelt, so wird die Handlung nicht mehr in den Rahmen angemessenen Prozeßbetriebs fallen — eben wegen des Mißverhältnisses zwischen den Kosten des Mittels und der ökonomischen Bedeutung des Zweckes.

Nicht so einfach ist der Begriff der notwendigen Prozeß-

kosten. Seine Bestimmung erfordert zunächst die Unterscheidung zwischen denjenigen Kosten, welche direkt oder indirekt als Mittel zum Zweck der Prozeßführung aufgewendet werden, wie der Vorschuß an den Rechtsanwalt und nicht minder die aus der Beauftragung des Rechtsanwalts entstehende Verpflichtung, ihm seine Gebühren und Auslagen zu zahlen, ferner die Fuhrkosten für die Reisen an den Gerichtssitz und zum Anwalte, und zwischen derjenigen Vermögenseinbuße, welche der Partei erst infolge ihrer Prozeßhandlungen erwächst. Kosten, welche der Partei als Mittel zum (sc. zweckentsprechenden) Prozeßbetrieb dienen, sind in jedem Falle, vorausgesetzt natürlich, daß bei ihrer Aufwendung keine Verschwendung mitunterläuft, als notwendige Prozeßkosten anzusehen. Diese Voraussetzung genügt aber zur Begrenzung des Umfangs der Erstattungspflicht bei denjenigen Kosten nicht, welche der Partei erst infolge ihrer Prozeßführung erwachsen sind. Denn sonst müßte der unterliegende Gegner dem andern Teil auch diejenige Vermögensbeschädigung ersetzen, welche ihm z. B. aus einem bei der Reise zu oder von der Gerichtsstelle widerfahrenen Unfalle zugegangen ist, was niemand anerkennen wird. Vielmehr nur insoweit die Vermögenseinbuße aus einer notwendigen Folge der Prozeßführung entsprungen ist, kann sie unter dem Gesichtspunkt notwendiger Prozeßkosten den Gegenstand der Kostenersatzpflicht des unterliegenden Teiles bilden [1]. Nun sind aber in Absicht auf ihre objektive Verknüpfung mit den sie verursachenden Ereignissen alle Folgen notwendig, ein Unterschied besteht nur in Absicht auf unser Vorauswissen von dem Eintritte eines Ereignisses als Folge eines anderen; es kann also nur mit Rücksicht hierauf ein Unterschied zwischen notwendigen Folgen, d. h. solchen, deren Eintritt wir als durch

1) Kosten, welche nicht aus der Prozeßführung als solcher entspringen, sind überhaupt keine Prozeßkosten, dahin gehören Ersatzansprüche einer Partei wegen eines durch Beschädigung, Verderb oder Vorenthaltung des Streitgegenstandes ihr zugegangenen Schadens. Dies gegen die Unterscheidung Meyer's in Busch's Zeitschrift für Civilprozeß B. 7 S. 284 und des Landgerichts Erfurt eod. S. 541.

ein gewisses Ereignis gegeben auf Grund unserer Erfahrung zum voraus in Rechnung nehmen, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, die außerordentlicher, zufälliger Weise eintreten, gesetzt werden [1]). Notwendige Folgen der Prozeßführung, genauer einer die Prozeßführung bezweckenden Parteihandlung, sind hienach solche Ereignisse, die sich nach unserer Erfahrung regelmäßig an eine Handlung der betreffenden Art anknüpfen. Hieher gehören z. B. die Kosten der Rückreise der Partei vom Gerichtssitze, die Zehrungs- und Quartierkosten, die mit den Parteireisen verbunden sind, unter Umständen auch der Verlust, welcher einer Partei dadurch zugeht, daß sie infolge der mit dem Prozeßbetrieb verbundenen Zeitversäumnis gehindert ist, ihrem Geschäfte nachzugehen, wovon jetzt noch näher zu handeln ist [2]).

Wie schon erwähnt, ist die Ausschließung des einer Partei durch den Zeitverlust, den die Prozeßführung mit sich gebracht hat, entgangenen Verdienstes als solchen von den erstattbaren Prozeßkosten im Gesetze nicht begründet, wie denn auch gegen die oben angeführte Entscheidung des Reichsgerichts allgemeiner Widerspruch erhoben worden ist. Diese Entscheidung stellt den Satz auf, daß der Ersatz eines der Partei infolge des Prozesses oder einer Prozeßhandlung entgangenen Gewinnes ausgeschlossen sei, und wendet diesen Satz nicht nur auf den speziellen Fall, daß der Partei wegen der Wahrung eines auswärtigen Termines der Gewinn einer auf die gleiche Zeit eingeleiteten oder ihr eröffneten Spekulation oder aus einer auf diese Zeit fertig zu stellenden oder abzuliefernden Arbeit entgangen ist, an, sondern ganz allgemein auf die Ansprüche einer Partei für Zeitversäumnis wegen der Gänge zum Anwalt oder der Anwesenheit bei einem auswärtigen Termin. So

1) Zu vergl. Bar, die Lehre vom Kausalzusammenhang § 2.

2) Aehnliche Erwägungen machen sich geltend, wo die Verpflichtung eines Auftraggebers, dem Beauftragten die von ihm bei Ausführung seines Auftrages gemachten Aufopferungen, beziehungsweise den ihm hiebei zugegangenen Schaden zu ersetzen, in Frage steht, siehe Windscheid Pandekten 5. Aufl. § 410 Nr. 2.

wenig diese letztere Anwendung in ihrer Allgemeinheit dem Rechtsgefühle entspricht, so wenig wird andererseits vom Standpunkte eben dieses Gefühles gegen die erstere, insbesondere gegen den Ausschluß eines Spekulationsgewinnes, einzuwenden sein, wie sich denn auch die durch diese Entscheidung hervorgerufene Polemik vornehmlich dagegen gekehrt hat, daß dieselbe Leuten, welche von ihrer Hände Arbeit leben, einen Ersatz für ihre Zeitversäumnis abspricht oder sie doch mit einem solchen Anspruch auf einen ungangbaren Weg verweist. Und doch handelt es sich in beiden Fällen um die Verhinderung eines Vermögenszuwachses als Folge der Prozeßthätigkeit der Partei, wobei der Umstand, daß in dem einen Falle die Vermögenseinbuße die Partei meistens härter trifft, als in dem andern, ein juristisch verwendbares Unterscheidungsprinzip kaum abgeben dürfte. Ein solches gibt, wenn die hier vertretene Ansicht richtig ist, vielmehr der Umstand ab, daß eine Zeitversäumnis von der kurzen Dauer, wie die Prozeßführung sie jeweils mit sich bringt, durchaus nicht regelmäßig eine Einbuße an Verdienst zur Folge hat, sondern das letztere wohl nur in solchen Fällen eintritt, wo die Partei nach der Arbeitszeit bezahlt wird oder darauf angewiesen ist, jeden Teil der ihr zur Arbeit zu Verfügung stehenden Zeit zum Erwerbe auszunützen. Im ersten Falle (dem des Taglöhners oder sonstigen Zeitarbeiters) entgeht mit der Arbeitszeit eo ipso auch der Verdienst, im zweiten Falle (dem des Accordarbeiters, kleinen Handwerkers u. s. w.) kann die Partei zwar denjenigen Verdienst, den sie in der verlorenen Zeit hätte erwerben können, nachholen, sie muß aber andere Verdienst bringende Arbeit dafür zurücklegen und bleibt dadurch geschädigt. Dagegen geht bei vielen Berufsarten, z. B. der Kaufleute, der Fabrikanten, auch der größern Handwerker, der Bauern der Betrieb ungestört weiter, wenn auch einmal der Betriebsherr vorübergehend abwesend ist. Eine Schmälerung der Einnahme ist also durch eine solche Abwesenheit in der Regel nicht bedingt. Nur ausnahmsweise wird bei guter Leitung solcher Geschäfte die vorübergehende Abwesenheit des Geschäftsherrn einen nachweisbaren Vermögensverlust zur Folge

haben, etwa der Entgang eines gewinnreichen Handels, zu dem sich nur momentan Gelegenheit bot, und eben ein solcher nur ausnahmsweise eintretender Verlust ist es, der nicht erstattet zu werden braucht. Es kann jedoch vorkommen, daß auch solche Betriebe derart beschaffen sind, daß eine vorübergehende Abwesenheit eine Einbuße an Verdienst zur notwendigen Folge hat: man setze den Fall eines Landkrämers, der keinen Gehilfen und auch sonst niemand hat, ihn zu vertreten, und deswegen genötigt ist, die Bude einen Tag lang zu schließen. Natürlich kann dann Vergütung für die Zeitversäumnis beansprucht werden. In der Natur der Sache ist es begründet, daß die Anwendung des aufgestellten Grundsatzes — aber auch eines jeden anderen, den man ihm etwa substituieren wollte — im einzelnen Falle Schwierigkeiten macht, wo dann das freie Ermessen des Gerichts einzutreten hat, auf welches deshalb im Gesetze auch ausdrücklich verwiesen ist. In manchen zweifelhaften Fällen wird das Gericht darauf zu sehen haben, ob die Aufstellung eines Stellvertreters angemessen gewesen wäre, und wenn dies zu bejahen ist, die angesprochene Vergütung für Zeitversäumnis in Höhe der ersparten Stellvertretungskosten genehmigen. Im übrigen ist die „Notwendigkeit" einer Vermögenseinbuße in dem hier entwickelten Sinne zwar nur eine negative Voraussetzung der Erstattungspflicht des unterliegenden Teiles, welche die thatsächliche Existenz dieser Einbuße nicht vertritt — es ist denkbar, daß die „Notwendigkeit" vorliegt, ohne daß die Einbuße eingetreten ist, z. B. es erspart die Partei Quartierkosten, indem sie bei einem Freunde logiert —, aber einer besonderen Glaubhaftmachung der Einbuße — von ihrer Höhe abgesehen — bedarf es selbstverständlich nicht: diese Glaubhaftmachung ist eben mit der Notwendigkeit der Einbuße gegeben; sondern dem Gegner liegt der Beweis ihres ausnahmsweisen Nichteintritts ob. Umgekehrt hilft, wo eine solche Notwendigkeit nicht vorliegt, wo es sich also um einen außerordentlichen Vermögensschaden handelt, der Beweis seines wirklichen Eintritts der geschädigten Partei nicht.

Wetzell in seinem System des ordentlichen Civilprozesses 3. Aufl. ed. 1879 lehrt auf S. 566, daß den Unterliegenden nur diejenigen Kosten treffen, welche durch seine Prozeßführung verursacht worden seien, keineswegs solche, die außerhalb des regelmäßigen Betriebes des Prozesses liegen, mithin gar nicht Prozeßkosten seien, obschon sie eine Beziehung zum Prozeß haben, wie die für ein Rechtsgutachten aufgewandten Kosten. Insoferne dieser Satz des älteren gemeinen Civilprozesses mit dem Ergebnisse der gegenwärtigen Untersuchung übereinstimmt, dient er in Verbindung mit dem Umstande, daß auch die der Abfassung unserer Reichscivilprozeßordnung unmittelbar vorausgegangene Entwicklung des deutschen Civilprozesses bezüglich des Umfanges der Prozeßkosten auf dem Standpunkte des früheren gemeinen Civilprozesses steht, zur Bestätigung dieses Ergebnisses, da die Motive zu dem Prozeßkostentitel unserer Civilprozeßordnung offenbar davon ausgehen, daß hinsichtlich des Umfanges der erstattungsfähigen Prozeßkosten der Entwurf keine Neuerung bringe.

Die Bestimmungen der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige über die Vergütung von Zeitversäumnis sind in vorstehender Darlegung absichtlich ignoriert worden, weil der Fall einer Gesetzesanalogie nicht vorliegt. Uebrigens mag doch darauf hingewiesen werden, daß dieses Gesetz die Entschädigungspflicht des Staats für die Erwerbsversäumnis der Zeugen und Sachverständigen innerhalb gewisser Schranken, welche die Höhe der Entschädigung betreffen, anerkennt, also prinzipiell auf einem ähnlichen Standpunkte steht, wie nach unserer Auslegung der § 87 C.P.O. hinsichtlich der Verpflichtung des unterlegenen Teiles, dem obsiegenden seine Erwerbsversäumnis zu vergüten.

Das württembergische Ausführungsgesetz zur C.P.O beschränkt für das gemeindegerichtliche Verfahren in Art. 6 die Kostenersatzpflicht auf die Aufrechnung barer Auslagen und des entgangenen baren Arbeitsverdienstes.

Die ausführliche Behandlung des Gegenstandes wird trotz

seiner wissenschaftlichen Geringfügigkeit in seiner praktischen Wichtigkeit Entschuldigung finden.

XI.

Ueber den Umfang der Verpflichtung des Rechtsanwalts zur Ausantwortung der Handakten an die Partei [1]).

Von

Rechtsanwalt Löwenstein I. in Stuttgart.

I. Das Recht der Partei im allgemeinen, nach Beendigung des Auftragsverhältnisses und nach Bezahlung der Honorarforderung des Anwalts von diesem die Verabfolgung von dessen betreffenden Handakten zu verlangen, ist zweifellos und allgemein anerkannt. Maßgebend sind in dieser Beziehung die civilrechtlichen Bestimmungen über Auftrag und erscheint es unerheblich, ob man im übrigen das Rechtsverhältnis des Anwalts zu seiner Partei mehr dem Dienstmietvertrag über sogen. operae liberales, oder dem Mandat mit Honorarversprechen analog konstruiert, oder ob man endlich einen besonders gearteten Vertrag für das betreffende Rechtsverhältnis annimmt [2]). Von jenem Gesichtspunkte (der Ver-

1) Obige Abhandlung bildet das Referat bezüglich eines der Vermittlungsinstanz des Vorstands der württemb. Anwaltskammer unterstellten Spezialfalls. Eine Beschlußfassung des Vorstands unterblieb, weil in der Zwischenzeit die Angelegenheit durch Herausgabe der verlangten Handakten an die Partei sich erledigt hatte. Es wurde deshalb der Bericht in der Sitzung des Vorstands nur zur Kenntnisnahme erstattet, wobei derselbe die entwickelten Grundsätze als folgerichtig anerkannte, aber davon Umgang nahm, einen prinzipiellen Beschluß zu fassen, indem er davon ausging, daß die Frage nur nach Maßgabe der Verhältnisse des einzelnen Falles entschieden werden könne.

2) Vergl. hierüber Windscheid Pandekten § 410 bei und in Note 7 und die dort weiter angeführte Litteratur, auch daselbst § 408 bei und in Note 3 und 9, ferner Seuffert's Archiv Bd. 19 Nr. 40, Bd. 23 Nr. 70, Bd. 32 Nr. 356, Bd. 37 Nr. 245, ferner Arg. Entscheidungen

pflichtung des Anwalts zur Verabfolgung der Handakten im allgemeinen) geht auch die Rechtsanwaltsordnung wenigstens implicite aus, wenn dieselbe in ihrem § 32 bestimmt, daß der Anwalt nicht verpflichtet ist, vor Empfang seiner Auslagen und Gebühren die Handakten dem Auftraggeber herauszugeben. — Damit ist aber nicht gesagt, daß der Anwalt unbedingt alle bei seinen Handakten befindliche Urkunden zutreffendenfalls der Partei herauszugeben hat. Bemerkenswert ist in dieser Beziehung zunächst, wie die Motive zu § 32 (Entwurf § 30) der R.A.O. sich hierüber äußern. Daselbst wird wörtlich folgendes bemerkt[3]): „Der Grundsatz, daß das Rechtsverhältnis zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Vollmachtgeber sich nach den Grundsätzen über das Mandat regelt, führt von selbst dazu, daß nach Auflösung des Rechtsverhältnisses der Rechtsanwalt die Schriftstücke herauszugeben habe, welche

1. ihm von seinem Vollmachtgeber zum Zwecke der Ausführung des Mandats anvertraut sind;

2. auf Grund der Ausführung des Mandats in seine Hände gelangt sind;

3. von ihm zum Zwecke der Ausführung des Mandats hergestellt sind.

Zweifelhaft kann es sein, ob auch der Briefwechsel zwischen dem Rechtsanwalt und dem Vollmachtgeber herauszugeben ist. Die badische Anwaltsordnung (§ 16) bestimmt ausdrücklich, daß der Anwalt nicht verpflichtet sei, den Briefwechsel mit der eigenen Partei herauszugeben. Der Entwurf trifft hierüber keine solche Bestimmung, überläßt vielmehr diese Frage der Entscheidung im streitig gewordenen einzelnen Falle. Der Vollmachtgeber wird der Regel nach kaum ein Interesse haben, die Entwürfe oder Abschriften der Briefe, welche er von dem Rechtsanwalt empfangen hat, zu erhalten, da er in der Regel im Besitze von Reinschriften oder der Urschriften selbst sein

---

des Reichsgerichts Bd. 24 S. 415; jüngster Reichsabschied von 1654 § 65, Schmid, Handbuch des Civilprozesses Bd. 1 S. 230 bei und in Note 49, auch juristische Wochenschrift von 1890 S. 251—254.

3) Vergl. Siegel, Materialien zur R.A.O. S. 249.

wird. Von seinen eigenen Briefen an den Rechtsanwalt aber wird der Vollmachtgeber die Entwürfe oder Abschriften voraussichtlich zurückbehalten haben. Nur insoweit er das nicht gethan, hat er ein Interesse an der Herausgabe seiner eigenen Briefe; wo dagegen diese Briefe nur Anweisungen enthalten über das, was der Rechtsanwalt thun solle, läßt sich ein Grund für das Zurückforderungsrecht der Partei nicht auffinden. Anders freilich liegt die Sache, wenn die Briefe noch andere Mitteilungen, etwa solche besonders diskreter Natur enthalten."

In der Reichstagskommission wurde sodann der Antrag gestellt, den Abs. 1 von § 30 des Entwurfs zu streichen und die Frage von dem Retentionsrecht des Anwalts an den Handakten der Partikulargesetzgebung zu überlassen, ein Antrag, welcher u. a. damit begründet wurde, daß die Frage, ob und inwieweit eine Verpflichtung des Anwalts zur Herausgabe der Akten bestehe, in Theorie und Praxis jetzt bestritten sei. Ein weiterer Antrag ging dahin, dem Anwalt die Befugnis zuzusprechen, die Ausantwortung der Handakten bis zur Ausstellung eines sogenannten Liberationsscheins seitens des Auftraggebers, wie dies im sächsischen Recht bereits festgesetzt sei, zu verweigern. Nachdem jedoch der Regierungskommissär bemerkt hatte, daß der Abs. 1 von Nr. 30 die Negative aufstelle, welche dahin gehe, daß gleichgültig, welche Grundsätze für die Verpflichtung der Rechtsanwälte zur Herausgabe in den einzelnen Ländern bestehen, unbeschadet dieser Grundsätze im übrigen für alle Rechtsanwälte Deutschlands wenigstens das gemeinsame Recht bestehen solle, von der Verpflichtung zu Herausgabe der Handakten unter allen Umständen bis zur Bezahlung ihrer Gebühren und Auslagen befreit zu sein, und nachdem ein weiterer Redner in Uebereinstimmung mit den Ausführungen des Regierungskommissärs speziell betont hatte, daß durch die in § 30 statuierte Retentionsbefugnis in keiner Weise andere den Rechtsanwälten in einzelnen deutschen Ländern bezüglich der Handakten zustehende Rechte geschmälert, oder alteriert werden, wurde von der Kommission

der § 30 nach der Regierungsvorlage unverändert gebilligt [1]). Im Reichstag selbst endlich wurde der § 30 cit. ohne alle Debatte angenommen.

Hiernach steht fest, daß der Gesetzgeber auch bei Emanierung der R.A.O. davon ausging, daß die Frage bezüglich des Umfangs der Editionspflicht lediglich nach den in den einzelnen deutschen Staaten geltenden civilrechtlichen Bestimmungen sich richte. In dieser Beziehung sind aber, wie schon bemerkt, die bei dem zweiseitigen (Rechte und Pflichten für beide Kontrahenten mit sich bringenden) Auftragsverhältnisse nach gemeinem Recht geltenden Grundsätze — das württembergische Partikularrecht enthält hierüber eine besondere Bestimmung nicht — maßgebend. Hieraus folgt, daß der Anwalt nicht verpflichtet ist zur Herausgabe der zwischen ihm und seinem Auftraggeber sogenannten gemeinschaftlichen Urkunden, also nicht zur Herausgabe der Urkunden, welche eine Empfangsbescheinigung der Partei gegenüber dem Anwalt enthalten, wie Quittungen und dergl., ferner nicht zur Herausgabe des Vollmachtsvertrags und der auf das Honorar sich beziehenden Urkunden und weiter nicht zur Herausgabe derjenigen Briefe oder sonstigen Urkunden der Partei, welche Anweisungen oder Erklärungen derselben über das Mandat selbst oder dessen Ausführung enthalten, und ebensowenig zur Herausgabe der sich darauf beziehenden Antwortschreiben des Anwalts selbst. Denn in allen diesen Beziehungen steht dem Beauftragten zum Teil das hauptsächlichste, zum Teil aber jedenfalls das gleiche Recht auf den Besitz der Urkunden zu, wie dem Auftraggeber, wobei selbstverständlich dem letzteren sein Recht auf Einsicht- und Abschriftnahme stets gewahrt bleibt. — Eine unbedingte Verpflichtung zur Verabfolgung aller solcher (gemeinschaftlicher) Urkunden an die Partei kann aber auch für den Fall nicht anerkannt werden, wenn letztere dem Anwalt einen sogenannten Liberationsschein, wodurch sie ihn von aller Verantwortlichkeit

1) Siegel, Materialien S. 429 und der dort abgedruckte Kommissionsbericht, ferner die Kommissionsprotokolle bei Siegeth, R.A.O. Anhang S. 41—43.

aus dem Auftrag entbindet, ausstellt. Denn auch in einem solchen Fall ist es immerhin nicht ausgeschlossen, daß der Auftraggeber später die rechtliche Wirksamkeit eines solchen Scheins anficht, während der Anwalt dann sich seiner Verteidigungsmittel begeben hätte. Wo aber nach dem Ausgeführten eine sog. gemeinschaftliche Urkunde nicht vorliegt, ist die Verpflichtung des Anwalts zur Ausantwortung aller Handakten nach Beendigung des Auftrags und nach Bezahlung des Honorars begründet [1]).

II. In der bisherigen Ausführung sind die aus dem maßgebenden Civilrecht abgeleiteten Grundsätze entwickelt. Es kommt aber als für den Anwalt sehr wesentlich noch folgender weitere Umstand in Betracht:

Der Anwalt darf nach Maßgabe von § 28 der R.A.O. seine Befugnis zur Retention der Handakten nur in einer Weise ausüben, welche mit der Achtung, welche sein Beruf erfordert, vereinbar ist. In dieser Beziehung bemerkt treffend eine auf einen solchen Spezialfall sich beziehende Entscheidung des Ehrengerichtshofs für deutsche Rechtsanwälte in Leipzig vom 28. September 1887 [2]) folgendes: „Die Pflichten des Rechtsanwalts gehen über die civilrechtlichen, durch das Mandatsverhältnis begründeten Pflichten hinaus; derselbe darf sich insbesondere der Rechte, welche civilrechtlich einem Mandatar zustehen, nur soweit bedienen, als die Ausübung derselben nicht die Achtung gefährdet, welche sein Beruf erfordert."

Diese Verpflichtung des Anwalts ist freilich nicht in dem Sinn eine zwingende, daß der Mandatar hierauf ein vor dem Civilrichter verfolgbares Recht hat (denn in dieser Beziehung gelten lediglich die sub I entwickelten Grundsätze), wohl aber kann der Anwalt durch die Standesorgane (Vorstand und Ehrengericht) zur Erfüllung jener aus dem nobile officium entspringenden Pflicht angehalten werden.

---

1) Vergl. auch Seufferts Archiv Bd. 19 a. a. O. (Nr. 40).

2) Entscheidungen des Ehrengerichtshofs Bd. 1 S. 38 (vergl. auch daselbst S. 202).

Litterarische Anzeige.

Das Recht an Bienen. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Lehre vom Recht an Tieren. Inauguraldissertation von Karl Bälz, stellv. Amtsrichter in Leutkirch (135 Seiten). Stuttgart, W. Kohlhammer 1890.

Der Verfasser behandelt nach einer kurzen Einleitung in zwei gesonderten Abschnitten die Bestimmungen des römischen und des deutschen Rechts über die Natur der Bienen, den Erwerb, die Fortdauer und den Verlust des Eigentums an denselben, das Nachbarrecht, bezw. die Beschränkungen im Halten von Bienen, die Schadensersatzpflicht bei Bienen und die strafbaren Handlungen an diesen. Es werden hiebei die einzelnen Gesetzesstellen angeführt und erläutert, die verschiedenen Streitfragen besprochen und die eigene Ansicht des Verfassers, welche teilweise von der herrschenden Doktrin abweicht, entwickelt.

Der dritte Abschnitt beschäftigt sich kurz mit den neueren deutschen und ausländischen Gesetzgebungen.

In dem vierten Abschnitt endlich werden die einschlägigen neuen Gesetzesentwürfe, insbesondere der bezügliche Teil des Entwurfs des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches und der dem preußischen Abgeordnetenhause vorgelegte Entwurf eines Gesetzes, betr. das Recht zum Halten der Bienen, welcher übrigens von der Kommission dieses Hauses abgelehnt worden ist, einer eingehenderen Würdigung unterzogen und teilweise Abänderungsvorschläge gemacht und Ergänzungen beantragt.

Das Buch, welches äußerlich gut ausgestattet ist, zeichnet sich durch eine ansprechende Darstellung und durch die eingehende Berücksichtigung der Gesetzesquellen und der reichhaltigen Litteratur aus und ist daher insbesondere auch für den praktischen Gebrauch zu empfehlen.

Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

J.

K.

L.

M.

N.

P.

V.

W.





